

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI

SUR LA

TECHNIQUE JURIDIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Vendredi 22 Décembre 1911; à 2 h. et demie

PAR

Dimitrie N. MICESCOU

JURY

Président : M. CAPITANT.

*Suffragants : { MM. TISSIER, professeur,
CARPENTIER, agrégé.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

1911



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune appro-
bation ni improbation aux opinions émises
dans les thèses ; ces opinions doivent être
considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI

SUR LA

TECHNIQUE JURIDIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Vendredi 22 Décembre 1911, à 2 h. et demie

PAR

Dimitrie N. MICESCOU

JURY

Président : M. CAPITANT.

Suffragants : { MM. TISSIER, professeur,
CARPENTIER, agrégé.

PARIS

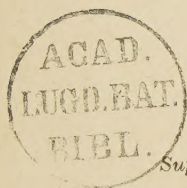
LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

1911



Chaque exemplaire doit porter la signature
de l'auteur.

Sh Miceno

A MON PÈRE

A MA MÈRE

A M. Raymond SALEILLES

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Paris

A M. Alexandro LEVI

Professeur de Philosophie du Droit à l'Université de Ferrare

ESSAI

SUR LA

TECHNIQUE JURIDIQUE

« Les théories sont comme les degrés successifs que monte la science en élargissant de plus en plus son horizon. Le vrai progrès est de changer de théorie pour en prendre de nouvelles qui aillent plus loin jusqu'à ce qu'on en trouve une qui soit assise sur un plus grand nombre de faits. »

(Claude BERNARD, *Introduction à la Médecine expérimentale.*)

AVANT-PROPOS

« Le droit est tout autre chose qu'une masse de lois. »
(JHÉRING, *Esprit du droit romain*, t. III, p. 7.)

« Il faut chercher en dehors et au-dessus des faits la loi de leur harmonie. »
GÉNY, *Méthode d'interprétation*, p. 469.)

Dans le rythme d'une danse antique, comme dans les modulations bruyantes d'une musique wagnérienne, dans la statue représentant la Vénus de Milo, comme dans un tableau impressionniste de Monet, dans un principe philosophique, comme dans un axiome scientifique, — partout, en tout temps et en toute manifestation, l'esprit humain, sous un besoin de sa nature même, cherche à découvrir là où il peut les trouver, construit et impose là, où ils n'existent pas, — l'unité et l'ordre. Manifestations physiques, ou manifestations morales, une fois passées par l'intelligence humaine, ressortent portant l'empreinte de la nature même de celle-ci et comme l'effigie de notre seule possibilité de connaissance.

Variables dans l'espace et le temps, les phénomènes moraux apparaissent bien souvent sous l'aspect d'un ordre éphémère, et dans une construction d'unité factice, mais représentant un ordre et une unité quand même. Loin d'être arrivé à une fixation de ses éléments, le monde moral ne peut pas encore avoir dans son unité et son ordre des lois dont l'immutabilité puisse être comparée avec celles du monde physique ; mais de tout temps il a existé et existe des rapports, d'une approximativité, qui approche de la loi vraiment scientifique, entre les besoins réels de la vie dans un lieu et un temps donnés, et l'ordre de leur manifestation : en ce sens l'ordre moral est variable, et en ce sens seulement il manque d'unité.

Et on peut dire que là où l'ordre et l'unité, ainsi compris, se montrent mieux que partout ailleurs, là où les rapports dont nous venons de parler entre l'ordre et les besoins de la vie se développent avec plus de fermeté, là où l'ordre « est la discipline de la vie sociale » même, mieux que dans tous les autres phénomènes des sciences morales, — c'est dans le *Droit* : le Droit, c'est l'ordre même.

Représentant la lutte des intérêts individuels et l'antagonisme des désirs, d'autant plus saillants qu'ils sont la lutte pour la vie même, le *Droit*, s'entremet entre leurs forces pour les maîtriser, puise une force plus grande encore dans le besoin nécessaire de sociabilité, et en vue de l'ordre cherche à établir l'équilibre. Equi-

libre, paix sociale, sécurité ne sont que les faces diverses du même résultat tant de fois atteint et tant de fois troublé : l'unité. Le Droit, c'est la recherche de l'ordre en vue de l'unité.

Intérêts, lutte, force, équilibre, ordre, unité, — voilà les degrés par où le Droit a passé et passera toujours tant que la fixation définitive des éléments du monde moral ne sera pas réalisée. Une modification dans la nature du premier terme entraîne la lutte, fait pour un instant la force impuissante, trouble l'équilibre, fait ne plus exister l'ordre et anéantit l'unité. Chaque règle de Droit, au moment de sa création, n'est que l'organisation de la force, qui, pesant les intérêts, donne les résultats de la lutte et montre la possibilité de l'équilibre ; fixant l'appréciation des intérêts, en un temps donné, la règle de Droit, figurant dans la loi, n'est que la supposition de l'existence de l'équilibre : en ce sens-là toute loi est conservatrice.

Mais la loi n'est pas le Droit, comme la digue ne représente pas la force du courant qu'elle arrête ; le droit existe en dehors de toute loi, et, s'il existe dans la loi sous une forme immobile, celle-ci n'est qu'une vue d'un instant prise sur la mobilité de la vie dans ses manifestations changeantes, tandis que le droit est cette mobilité même. La loi n'en est que son esprit conservateur.

Cherchons donc le droit non dans la digue qui l'arrête, mais dans la force même de sa mobilité, dans le cou-

rant même. La digue arrête le courant, tant que sa force de résistance est assez grande pour maintenir la force qu'elle arrête; mais, quand la force, modifiée dans sa nature, est devenue trop puissante, trop forte, le courant dépasse la digue, méprise sa résistance et brise le barrage, pour s'élancer vers des contrées nouvelles. Tant que les lois actuelles, par leur construction, pourront résister aux besoins toujours nouveaux de la pratique, tant qu'elles peuvent encore maintenir en bas de leur rempart la grande force essentielle des institutions toujours nouvelles, — laissons-les subsister; mais, quand leur construction ne peut plus résister, ne nous imaginons pas pouvoir arrêter la vie même dans sa marche, — et brisons-les, pour en échafauder de nouvelles.

C'est ainsi que s'engage la grande lutte entre la pratique judiciaire et la loi, et c'est ainsi qu'il faut comprendre, croyons-nous, les paroles de M. Saleilles : « Par le Code civil, — mais au-delà du Code civil. »

Le présent travail n'est que la mise en œuvre de ce principe : maintenir les constructions juridiques d'une époque, tant qu'elles peuvent résister aux besoins nouveaux, — les plier et les adapter à ces besoins tant que la technique de leur construction le permet, — les détruire, en tant que, par un changement de nature des problèmes sociaux, la construction technique même a changé : et peut-être sur quelques points au moins cette dernière proposition pourrait être considérée comme notre dernière conclusion.

Mais, soucieux de l'idée d'ordre et d'unité, nous serons peut-être forcés d'user de temps en temps d'un raisonnement purement dogmatique, pour mieux serrer dans des concepts les notions du droit actuel. Qu'on nous le pardonne. Ce dogmatisme ne sera que le marche-pied sur lequel montera toute la pratique judiciaire. Doctrine et jurisprudence mises d'accord, par leur accord même, montreront les causes qui les séparent actuellement.

INTRODUCTION

« Si l'on veut que le droit
soit prononcé comme il est
écrit, il faut l'écrire comme
il doit être prononcé. »
(JHERING, *Esprit du Droit
romain*, t. III, p. 39)

Sciences physiques ou sciences morales, toute la connaissance humaine n'est qu'une grande vue prise sur le réel : transformation continuelle du côté du réel, — fixité, immobilisation imposée par la seule manière de pouvoir connaître de l'intelligence humaine, — du côté de la science, — leur opposition pourrait apparaître comme la marque même de l'impuissance de la science de découvrir la réalité.

En effet, l'esprit humain, immobilisateur par sa nature, tel qu'un appareil de photographie cinématographique, prend, dans des espaces du temps, des vues sur la mobilité du réel, et ces vues, enfilées les unes après les autres, donnent la construction artificielle du réel, mais non le réel même : c'est dans ces vues qu'on

trouve en germe le concept, et c'est dans leur enfilure que se forme la construction scientifique. La science antique formant ces concepts par des vues prises en des « moments favorisés du temps », considérant ces concepts comme des entités, les jugeant bien souvent isolément, était arrivée à une fausse conception de la connaissance, et par là même, à des résultats faux par rapport au réel. La science moderne, datant à peine depuis Newton et Kepler, par les signes mathématiques, introduits à peu près dans toutes les sciences depuis lors, a mis une concordance, on pourrait le dire certaine, entre la connaissance et le réel ; — cette concordance est certaine en tant que le signe mathématique n'est que la formule conceptuelle pure qui permet à l'esprit de se transposer en chaque moment du mobile, et par là surprendre le réel dans sa continuelle transformation. En d'autres termes, tandis que la science antique était statique, la science moderne est dynamique (1).

Dans les sciences morales le problème de la connaissance se pose à peu près de la même manière que dans les sciences physiques, et la différence de portée dans l'appréciation de leurs objets n'est qu'une différence de degré, d'accentuation, — accentuation causée par une agrégation des corps à étudier moins forte, moins stable et qui se répercute d'autant plus sur les élément

(1) Av. Bergson, *Evolution créatrice*, p. 323-369.

mêmes de la science. En effet, tandis que les corps physiques sont déjà arrivés à un point de leur évolution qui se prête à une observation certaine, tandis que les éléments sont arrivés par leur évolution à une aggrégation qui fait que toute la transformation ne porte que sur la *nature* seulement possible de leur combinaison, et non pas sur leur *essence* même, — les corps sociaux, en pleine évolution, en évolution portant encore *sur l'essence* même de leurs éléments, créent, par là même, des contradictions entre des observations faites à des époques différentes ; plus encore, — en tant que toute connaissance sociale implique la connaissance de l'esprit humain lui-même, il y aura toujours à retoucher l'esprit subjectif, qui à chaque époque nouvelle plane sur chaque concept : la différence de langage entre deux époques ne réside pas autant dans la transformation des sons de chaque parole, que dans la transformation de l'esprit, du sens qu'on prête à chacune. Il suit de là que, tandis que les sciences physiques peuvent trouver des concepts invariables, vérifiables et vrais pour toutes les époques, et qu'elles peuvent découvrir des lois portant sur des éléments même physiques, et portant sur leur essence même, c'est-à-dire sur la partie invariable des corps, — les sciences sociales doivent se contenter seulement d'indications portant sur la mesure d'une variabilité possible par rapport à des situations d'une époque donnée. Donc, tandis que les lois physiques sont générales dans le temps et dans l'espace, les lois mora-

les, en tant qu'elles ne représentent que la mesure possible d'un équilibre par rapport à des situations données, sont variables dans le temps et dans l'espace. De là la conséquence de différences sur la portée de ces deux sortes d'études, qui, nous l'avons dit, n'est qu'une différence de degré : la science physique cherche et découvre des concepts qui puissent s'infuser en n'importe quel moment du temps de la transformation, en tant que les concepts peuvent porter sur l'essence définitivement formée des corps, et que la transformation ne porte que sur leur nature ou, si l'on préfère, sur la nature des combinaisons possibles ; — la science sociale se contentera de découvrir des concepts qui puissent avoir une portée certaine sur le plus de temps possible, — mais elle ne demandera pas à découvrir des concepts qui puissent s'appliquer à n'importe quel moment du temps, en tant que, l'essence des corps sociaux n'est pas encore arrivée à une agrégation définitivement formée. La manière de découvrir et de former les concepts sera la même, mais leur portée sera différente.

Il suit de toute cette différence entre les sciences sociales et les sciences physiques, que la connaissance des lois de celles-là, en tant qu'on veut comprendre le terme « loi » de la même manière que dans les sciences physiques, ne sera possible que seulement au moment où l'évolution, terminée sur l'essence des éléments sociaux ou, pour mieux nous expliquer, quand l'agrégation

tion étant parfaite, en ce qui concerne les éléments, ne portera plus que seulement sur la nature de leur combinaison possible : et il paraît que dans les temps contemporains plus que jamais on peut avoir une certitude qu'elle doit être bien loin cette époque d'agrégation complète. Jusqu'alors on doit se contenter de faire des observations, de former des concepts, de formuler des lois, qui, portant sur la nature de la mobilité du réel à une époque donnée, devront par la force des choses être modifiés ou remplacés dans la mesure du changement.

Le droit, en tant que science sociale, doit suivre la même méthode. La thèse que nous soutenons n'est que l'application de ce principe : en tant que l'objet, sur lequel porte toute science sociale, n'est pas encore arrivé à une agrégation qui ne permette plus aucune modification dans l'essence des éléments ou corps sociaux, le droit n'aura dans ses normes qu'une exactitude et une applicabilité temporaire ; vouloir le maintenir dans des concepts qui ne représentent plus la réalité, c'est marcher contre la nature des choses, risquer le désordre et tomber par là en contradiction avec le principe essentiel du droit (1). D'autre part, les formules qui enchaînent le droit dans des formes stables, ne représentant que le réel d'une époque donnée, pour ce qui concerne

(1) Av. Vander Eycken, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Paris, 1907, p. 99.

son esprit, ne sont que l'illusion d'une stabilité factice (1) ; leur maintien n'est pas la preuve qu'elles correspondent encore à la réalité, et les formules qui existent ne sont pas tout le droit. Découvrir le droit ce n'est pas le chercher dans la formule même, cela serait chercher la nature d'un liquide d'après la forme du vase qui le contient, — mais dans l'esprit donné à la formule par une époque quelconque.

Le chemin que nous allons suivre est indiqué par la nature même de notre travail ; il sera le chemin même qui a été suivi par la science du *Droit* en France depuis 1804, époque du commencement de la codification moderne ; il sera le même qu'en Italie, en Espagne, en Autriche et en Roumanie après leurs codifications, et sera le chemin en arrière qui a été suivi en Allemagne avant 1900.

Le titre portant sur la technique ne sera que l'écho du courant qui date en France depuis une vingtaine d'années seulement et qui, commencé en Allemagne par les travaux de Jhéring, est arrivé à son épanouissement avant la codification de 1900, et commence à décroître après. D'ailleurs il nous faut, faire dès maintenant une observation : des deux buts que l'on assigne à la technique juridique, réalisation pratique du droit quant à la forme et quant au fond (comme on va d'ailleurs le voir

(1) Av. R. Von Jhéring, *Zweck im Recht* (trad. fr., 1901, p. 289-290).

dans notre premier chapitre) nous insisterons plutôt, si non exclusivement, sur le second; non pas que nous considérons que la technique de la forme du droit soit d'une moins grande importance, mais, en tant que nous étudions plutôt la formation conceptuelle du droit dans son évolution, le rationnel juridique dans le temps, si on veut lui donner un terme plus philosophique, nous avons cru qu'étudier aussi la technique de la forme serait dépasser le cadre de notre travail, et peut-être surpasser nos forces.

D'ailleurs, loin de nous l'idée de vouloir faire revivre le rationalisme juridique pur. Parti dans nos raisonnements, comme nous venons de le faire au commencement de cette introduction, d'une thèse de la seule philosophie de l'action, et par là de la pratique même, nous laisserons conduire par la même idée qui nous sert de principe : chercher à trouver dans la technique de la construction des rapports juridiques la mesure de l'équilibre entre les principes anciens du droit et les courants nouveaux de la vie pratique, rechercher la mesure de la possibilité du maintien des anciens cadres des principes, et cela, par un esprit de sécurité naturel au conservatisme du droit, plier le sens ancien d'après les besoins nouveaux, et par là, remettre le droit dans le réel duquel, à force du temps, il s'était égaré dans certaines formules. Notre terrain sera surtout celui du droit civil.

La technique juridique, même dans le seul sens que

nous cherchons à étudier, demanderait peut-être à elle seule le cadre de plusieurs volumes, et notre travail n'est qu'un essai d'une systématisation des moyens pour l'étudier. C'est pour cela que : indiquant les notions juridiques qui forment la base de toute construction dans le domaine du droit, esquissant ensuite les écoles d'interprétation et d'adaptation du droit positif dans l'époque contemporaine, faisant parmi elles la sélection nécessaire pour mieux choisir les meilleurs moyens techniques de l'architecture juridique, cherchant à découvrir surtout ce qui leur manque et à combler leurs défauts, nous indiquerons seulement quelques exemples puisés dans les diverses parties du droit civil. D'autre part, considérant que les écoles nouvelles dans le droit, toutes partant du même besoin qu'on commence à ressentir de plus en plus, celui de faire une conciliation entre le code qui ne correspond plus sur beaucoup de points à l'évolution sociale, morale et économique d'un siècle, — et l'état actuel (tout en indiquant les différences très grandes qui les séparent et la nécessité de leur conciliation), — ne nous offrent que des moyens très vagues à employer pour cette conciliation, — nous avons cru nécessaire d'introduire l'idée de *valeur comme fondement de l'appréciation des intérêts régis par le droit*; nous avons cru que cette idée seule peut nous conduire à une idée synthétique de l'évolution du droit positif. Considérant encore, que, le rôle de toute méthode juridique est non seulement d'indiquer ce qui a été fait, mais

encore, et surtout de trouver les moyens certains, dans la mesure du possible, de réaliser ce qui est imposé par des transformations dans le champ où le droit positif doit être appliqué, — nous avons cru devoir introduire *l'analyse structurale de la construction juridique*. D'un côté donc nous avons introduit l'idée de valeur, qui peut donner, croyons-nous, la clé de l'évolution juridique et indiquer la direction de cette évolution, — de l'autre nous préconisons l'analyse systématique de la construction juridique comme seul moyen pour réaliser cette direction.

Considérant que *toute évolution dans le droit se réduit à un déplacement de valeurs des ordres moral ou économique-social dans le droit* ; que toute crise juridique n'est que la discordance qui existe entre la table des valeurs juridiques fixée dans le droit positif, et une nouvelle qui s'affirme dans l'opinion de ceux auxquels le droit s'applique ; — nous avons cru que le seul moyen de découvrir l'endroit par où une conciliation serait possible entre elles, et, par conséquent, le seul moyen d'adaptation du droit, est l'analyse structurale de la construction juridique : c'est ainsi que nous sommes arrivés à un système de *catégories réelles* d'intérêts qui, gardant toujours un contact ferme avec l'évolution morale et sociale — et se transformant avec elle, offrent à tout créateur dans le droit l'instrument technique de découverte de la portée des transformations opérées.

Les exemples que nous avons pris, peu nombreux, à cause du cadre restreint de notre travail, mais pas du tout limitatifs, sont la preuve de l'opinion que nous avons réussi à nous faire tant de l'idée d'évolution, que de celle d'adaptation du droit positif à des nécessités nouvelles sociales ou morales. Mais, du moins, sur des principes que nous analyserons, au fur et à mesure que nous les rencontrerons sur notre chemin, nous pourrions nous faire une idée assez précise de la discordance qui s'est produite dans tout le temps passé depuis la codification jusqu'à présent entre le code et les nouveaux principes.

Cette discordance, preuve de l'évolution des principes juridiques par rapport aux lois positives, n'a été que l'œuvre de la technique, en tant qu'on comprend par technique, dans le sens que nous étudions le moyen de construction et de formation dans les éléments de celle-ci pour arriver à une adaptation continue du droit à l'évolution sociale et économique (1).

Toute modification d'une institution juridique n'est que la modification technique même de sa construction : au fond ce sont toujours les mêmes éléments qui composent le droit au point de vue de sa structure ; c'est à peu près toujours les mêmes intérêts qui sont en présence, c'est seulement leur échelle de valeurs, ou si l'on se dit, leur valorification qui change, et cette « va-

(1) Jhéring, *Esprit du droit romain* (trad. fr., t. III, p. 6).

lorification » est œuvre de technique : changer donc la valorification c'est changer la technique même.

En tant que le droit actuel se trouve dans une discordance saillante, au point de vue de la valorification des intérêts, avec le Code civil on a la preuve du changement qui s'est opéré dans la technique même du droit ; et, si le Code civil ne correspond plus au mouvement actuel social, une modification s'impose.

Ce ne sera pas par des modifications partielles qu'on pourra arriver à une conciliation entre les anciens principes du Code et les nouveaux qui se sont affirmés pendant un siècle d'interprétation ; on peut dire dès à présent que les valeurs nouvelles qui s'imposent de plus en plus dans les temps contemporains, telle que la valeur économique du travail et la valeur sociale de la foule, ont donné à l'idée de Droit au commencement du xx^e siècle un coloris nouveau, qui impose ses influences sur l'idée même de rapport juridique et de loi positive. Dès lors on peut affirmer que des modifications partielles ne pourraient pas arriver à une conciliation entre deux courants qui sont séparés sur des points essentiels et qu'elles ne feraient que perpétuer la crise juridique. C'est sur ce point que va conclure notre travail.

CHAPITRE PREMIER

DROIT. — RAPPORT JURIDIQUE TECHNIQUE JURIDIQUE

1. « Un problème est toujours le signe d'un rapport de tension entre l'individu et les milieux dans lesquels il se trouve », disait Avenarius (1), caractérisant par là le fondement de tout problème, quel qu'il soit ; et, pour appliquer au droit ce principe philosophique, qui nous semble d'une exactitude à peu près certaine, nous dirons : le droit n'est que l'effort continu en vue d'établir un équilibre entre les intérêts.

En effet : sur le terrain de toutes les manifestations de la vie, en tant qu'on la considère comme action, il y a deux facteurs dont le choc est toujours continu : l'individu et la société, ou, pour mieux pénétrer dans la vie pratique même, l'intérêt commun et l'intérêt individuel. L'homme, sociable par sa nature et forcé à vivre en société par ses besoins, rencontre sur le chemin du

(1) H. Høffding, *Philosophes contemporains*, p. 116, Paris, 1907.

développement de son individualité, en face de ses intérêts propres, les intérêts de la communauté, et la multiplicité de ses besoins le force à diminuer le cercle de son action pour permettre à celle des autres de se développer : ainsi, fonction de la délimitation des intérêts, le droit apparaît comme une série de cercles, se rétrécissant ou s'élargissant d'après l'action des autres par rapport à celle de chacun, cercles enfermés tous dans la grande sphère du concept de société et ayant le même centre : l'intérêt ; les droits des hommes, jugés au point de vue subjectif et considérés comme connus par chacun, ne sont que la conscience de leur individualité (1) et, jugés au point de vue objectif, sont la délimitation organisée des individualités d'intérêts (2) par rapport à un intérêt commun.

Mais nous arrêter ici serait confondre les domaines de la morale et du droit. [Leur délimitation réciproque a fait l'objet de beaucoup de recherches surtout pendant l'époque du rationalisme juridique ; nous nous contentons de quelques renvois (3) et nous donnerons la

(1) Yves Guyot, *Les Principes de 89 et le socialisme*, p. 231.

(2) N. M. Korkounov, *Théorie générale du droit*, p. 80-87, Paris, 1900.

(3) Av. Korkounov, *op. cit.*, p. 60-72 : avec une bibliographie assez riche sur la question ; — A. Boistel, *Cours de philosophie du Droit*, t. I, p. 47-70, Paris, 1899 ; — Rotho, *Traité de Droit naturel*, p. 39, p. 124 et suiv. ; — Balts, *Les Fondements du Droit et la morale*, *passim* ; — Demogue, *Les Notions fondamentales du droit privé*, p. 11-17 : — L. Duguit, *l'État, le droit objectif et la loi positive*, p. 101 et suiv.

seule conclusion plausible.] Le devoir qui n'est muni d'aucune sanction, dont la réalisation n'est imposée par aucune force, et dont l'égalité catégorique dans son application n'est garantie par aucun pouvoir, resterait un simple possible subjectif de réalisation, et par conséquent ne serait pas du droit, car le droit est fait pour se réaliser : « La réalisation est la vie et la réalité du du droit, elle est le droit lui-même(1) : » Donc tout ce qui, n'étant pas imposé par une force, et je présume la force organisée, restera, en ce qui concerne la réalisation, comme une simple possibilité volontaire, sera du moral, peut-être de l'amoral, mais en tout cas ne sera pas du droit. Au contraire, toute délimitation des intérêts et par là toute limitation de l'action humaine, imposée par la force organisée, sera du droit (2) (d'ailleurs ici je ne fais aucune distinction sur la notion de force organisée : il ne faut donc pas comprendre seulement l'état comme seul organisme social) : droit et non-droit n'ont

(1) Jhéring, *Esprit du droit romain* (trad. fr.), t. III, p. 15.

(2) Comp. Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, p. 4 ; — E. Picard, *Le Droit pur*, p. 38, 40, 50 ; — A. Schatz, *L'Individualisme économique et social*, p. 318 : « Là où il n'y a pas de force, il n'y a pas de droit » ; — Gény, *Méthode d'interprétation*, p. 482 ; — Roguin, *La Règle de droit*, Paris, 1889, p. 101 ; — Stuart Mill, *L'Utilitarisme*, 3^e éd., p. 103-104 ; — C.-O. Bange, *Le Droit, c'est la force*, p. 251, 254, *passim* ; — Regelsberger, *Pandekten*, t. I, 1893, p. 63 ; — O. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, t. I, 1895, p. 114 ; — Stammler, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, 1896, p. 128-132 ; — *Contra* : Duguit, *op. cit.*, p. 15.

pu être au début de leur formation comme notions que l'équivalent de défendu et de non défendu, de n'importe quelle manière, — et c'est pour cela qu'à leur origine le concept moral et le concept juridique se confondent.

La notion de sanction, de force organisée imposant un devoir, est de l'essence même du droit : la nécessité de son existence dans le concept du droit s'explique et devient évidente par le but du droit, l'équilibre social, qui ne peut être assuré que par la force et par les conséquences de ce but : la sécurité et l'égalité.

En effet, supposons une société quelconque : pour qu'elle existe, pour qu'elle soit constituée, elle a eu besoin d'une régularisation des intérêts, en établissant une hiérarchie entre eux, et cette régularisation n'a pu être réalisée que par le droit. Ainsi le droit nous apparaît comme « la hiérarchie des intérêts humains » ; il y aura une appréciation de chaque intérêt en choc avec les autres (1) ; une sorte de valorification des intérêts qui fera que les uns l'emporteront sur les autres, il y aura surtout à considérer la force intrinsèque que chaque intérêt contient, et cette force ne sera autre chose que le degré de paix sociale, d'utilité sociale, d'ordre que chacun représente par rapport à la conception du temps. Ainsi, dans l'ancien Droit romain, tout ce que le fils de famille gagnait appartenait au père ; l'intérêt du fils,

(1) Jhéring, *Esprit du droit romain*, t. IV, p. 328 et suiv., 333-340. — *Contra* : A. Lévi, *La Société et l'ordre juridique*, Paris 1911, p. 192-193, 286 et suiv.

intérêt individuel, représentait une valeur moins grande, au point de vue des conceptions du temps, que l'intérêt du père, représentant l'unité familiale.

Cette appréciation des intérêts en présence, d'après les conceptions du temps, n'est que le besoin de l'ordre, besoin imposé par la nature même de l'esprit humain à tout ce qui est soumis à sa connaissance : connaître, c'est organiser, — et le droit, dans un temps donné, n'est que l'organisation d'une société d'après les concepts de la connaissance de ce temps-là. Mais toute organisation, comme tout ordre, suppose un balancement, une équivalence de forces entre des parties différentes, et par là pénétre dans la valorification des intérêts l'idée d'équilibre. Ainsi l'idée d'équilibre entre les intérêts en présence jugés d'après les conceptions du temps apparaît comme fondement du droit (1). Toute norme juridique n'est qu'un effort de la connaissance humaine d'établir un équilibre en vue de l'ordre. Mais le perpétuel devenir, la continuelle transformation du réel, qui s'opère dans le domaine des phénomènes physiques n'est que d'autant plus accentuée dans le domaine social, en tant qu'il se fixe sur la manifestation de tout ce qu'il y a de plus variable : l'âme humaine (2). Et alors, une lutte s'engage entre l'équilibre existant à un moment donné et la transformation opérée dans les conceptions

(1) Vander Eyken, *op. cit.*, p. 65 et suiv., p. 71, 116 ; — Géný, *Méthode d'interprétation*, p. 539-541.

(2) Comp. Géný, *op. cit.*, p. 117-118.

qui changent l'appréciation des valeurs ; en réalité, tout équilibre dans le domaine social n'existe que pour une durée très petite de temps, et par là toute organisation sociale, en tant qu'elle est fondée sur l'idée d'équilibre, tombe en contradiction avec le réel : bien souvent l'équilibre qui est établi par l'organisation actuelle ne correspond pas au réel.

D'autre part, pour qu'une organisation soit efficace, il faut qu'elle dure, il faut qu'elle se maintienne le plus possible ; la changer à chaque moment serait remplacer l'ordre par le désordre, et le but de toute organisation sociale est de concilier l'ordre avec le mouvement. Cette conciliation ne pourra s'opérer que par un esprit conservateur, et dans le droit il se manifeste par le besoin de sécurité. L'esprit humain essentiellement conservateur, se faisant très difficilement à toute situation nouvelle, trouve dans la sécurité, garantie par l'équilibre social établi par le droit, l'appui le plus fort pour son action : c'est dans la sécurité que certains juristes individualistes voient l'essence du droit(1), c'est elle qui forme l'un des éléments essentiels du droit pour certains autres(2), c'est elle aussi qui forme l'un des éléments

(1) Comp. M. G. Morin, *Une conception individualiste du droit* (*Rev. trim.*, 1908, p. 520 et suiv.) ; — A. Schatz, *op cit.*, p. 320 ; — Morin, *A propos de la maxime « Error communis facit jus »* (*Annales des Facultés de droit et des lettres d'Aix*, avril-juin 1906), *passim* ; — E. Lévy, *Affirmation du droit collectif*, p. 24.

(2) A. Saleilles, *Rôle de la méthode historique* (*Revue intern.*

de la base de la fixation de la jurisprudence par la Cour de Cassation, c'est d'elle qu'est sortie une grande série d'articles de notre Code civil [2279 (rapprocher l'article 932, Code civ. allemand), 2262, 2265, 549, Code civ. français], et c'est elle encore qui domine la maxime *error communis facit jus*, qui a servi à la création de la théorie de l'héritier apparent (Cassation, 26 janvier 1897 : D., 1900 1-33). Le besoin de sécurité crée le plus puissant barrage devant la préconisation législative des courants nouveaux, et c'est lui seul qui empêche la transformation ou le remplacement des formules légales du droit. Mais, quand, par la force du temps, la sphère même du concept de sécurité se modifie, quand l'évolution de la pensée sociale influence et change par un déplacement de valeurs, comme nous allons le voir, l'utilité des anciennes notions qui la composaient, alors, aucune entrave ne s'oppose plus à la remise de l'équilibre dans le réel existant et au rétablissement de cet équilibre d'après des bases nouvelles. Ainsi comprise, la sécurité n'est que le moyen par lequel l'équilibre, établi d'après une valorification quelconque d'intérêts, se maintient; elle n'est donc que le moyen conservateur du droit.

Le deuxième moyen de la réalisation de l'équilibre, tout aussi important que la sécurité, mais d'une portée

de l'enseignement, 1890, t. XIX, p. 496) ; — Jhéring, *Zweck im Recht* (trad. fr., p. 254-256) ; — Demogue, *op. cit.*, p. 63 et suiv.

plus facilement saisissable, est l'égalité : tous ceux qui se trouvent dans la même catégorie d'intérêts doivent être garantis dans leur sécurité par la même norme juridique (1).

L'une et l'autre de ces conséquences nécessaires du principe sont garanties dans leur réalisation par la force.

Nous sommes arrivés à fixer les trois éléments du droit : l'équilibre, représentant le but réel du droit, la sécurité et l'égalité, les deux moyens pour sa réalisation, — et la définition de M. Gény nous paraît fixer la notion du droit de cette manière, quand il écrit : Le droit est « une discipline de vie sociale destinée à établir et maintenir l'ordre entre les intérêts susceptibles d'être garantis par une sanction extérieure (2) ».

Ainsi comprise la notion générale de droit, par un équilibre entre les intérêts en présence, sa sphère peut être décomposée de la manière suivante : 1° d'un côté, des limites dans lesquelles un intérêt donné peut être réalisé : c'est le droit ; 2° de l'autre, les limites correspondantes quant à l'autre intérêt, qui naît en même temps : c'est l'obligation ; c'est de cette manière que le droit se présente sous la forme statique. Le rapport entre le droit et l'obligation forme le rapport juri-

(1) Saleilles, art. cit. (*Rev. intern. de l'enseign.*, 1890, t. XIX, p. 496-497) ; — M. Leroy, *La Loi*, Paris, 1908, p. 163-164.

(2) Gény, *Procédés d'élaboration du droit civil* (dans *Les Méthodes juridiques*, Paris, 1911, p. 181).

dique : c'est la forme dynamique du droit, le droit en action.

Mais plus on envisage le droit sous sa forme dynamique, plus on l'analyse et on le regarde comme le rapport entre le droit et l'obligation, — plus son contact avec la vie réelle, avec les changements de la vie pratique devient palpable et se fait mieux sentir. Droits et obligations enchaînés dans le même cercle, le rapport juridique, intérêts en présence d'un côté et de l'autre, subiront par le contact, dont nous venons de parler, une influence réciproque ; les rapports sociaux de dépendance et l'influence sociale, transformée avec le temps, changés par l'évolution des sociétés, deviendront ainsi des rapports juridiques contingents dans le temps. Pour ne prendre qu'un seul exemple, le *vinculum juris* de l'obligation, le rapport juridique par excellence, était caractérisé chez les Romains par une dépendance du droit objectif exclusivement : c'était la prédominance du côté passif du rapport. La prétention juridique, le côté actif du rapport, n'existait, on pourrait le dire, à peu près pas du tout (1). Au contraire, pour les juristes de l'Europe occidentale, la prétention juridique, le côté actif du rapport juridique, a une valeur particulière : la prétention ne naît plus du rapport objectivement regardé, mais le rapport est une conséquence de la prétention ; influence de l'esprit

(1) Bekker, *Pandekten*, I, 1886, p. 46.

purement subjectif des races germaniques, développement de la force — de la volonté par la doctrine de la morale chrétienne, — nous ne cherchons pas pour l'instant à entrer dans ce sujet, mais, nous bornant à donner simplement le résultat, nous constatons que le droit dans l'Europe occidentale considère le côté subjectif, la prétention juridique comme la cause du rapport, et par là, en établissant dans la matière des obligations surtout, des rapports entre deux volontés, entre deux manifestations subjectives et individuelles, on arrive à la conception de la formation du rapport juridique par une simple manifestation de volonté. C'est par ce chemin, dans ces traits généraux, qu'on arrive à l'article 133 du Code civil allemand (1) ; c'est peut-être en germe la même conception qu'on trouve dans le cas spécial de l'article 1589 du Code civil français, en matière de promesse unilatérale de vente (2).

Encore une fois, sans chercher pour l'instant les motifs qui déterminent ces changements, une seule chose est à retenir : le droit, en tant qu'on le regarde du côté dynamique, ayant un contact ferme et continu avec le changement réel de la vie pratique, suit les sinuosités des transformations de celle-ci et se transforme lui-

(1) R. Saleilles, *De la déclaration de volonté*, Paris, 1901, p. 194 et sv.

(2) Av. Planiol, *Droit civil*, t. II, éd. 1908, n° 1400 ; — Aubry et Rau, *Droit civil*, pr., t. IV, 4^e éd., p. 333 et sv., et note 10 avec la jurispr.

même. Quel que soit l'école à laquelle on se rattache pour envisager la théorie générale du droit, une seule chose reste certaine : le droit, en tant qu'il représente l'équilibre des intérêts, appréciés d'après la valeur subjective qu'on leur accorde en un temps et lieu déterminés, restera toujours soumis à l'influence des transformations sociales. Sur ce dernier point, la démonstration de l'école historique a été décisive (1). Il n'existe pas de droit *à priori*, il n'existe pas de principes rationnels immuables, il n'existe pas de repos pour le droit ; et des formules comme « il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives », qui figurait comme principe essentiel du projet du Code civil de 1804, ne restent pour la science du droit que des vieilleries de l'idéalisme philosophique du temps. Le droit c'est la vie même, et les spéculations sur son objet sont d'un ordre essentiellement complexe et variable ; elles relèvent de la science sociale générale, aussi bien que de la science juridique spécifiquement. Nous n'insistons pas, en tant que nous allons y revenir.

(1) Av. Saleilles, *Déclaration de volonté*, p. 214 ; — Préface à M. Gény, *Méthode d'interprétation*, p. XII ; — *De la méthode historique dans l'enseign. du dr.* (*Rev. intern. de l'enseign.*, 1890, t. XIX, p. 484) ; — Courcelles-Seneuil, *Préparation à l'étude du dr.*, p. 406 ; — Beudant, *Le Droit individuel et l'État*, p. 194 ; — Tanon, *L'Évolution du droit et la conscience sociale*, Paris, 1911, p. 13, 24, 42 ; — Cruet (J.), *La Vie du droit*, Paris, 1908, p. 185 et sv. ; — Gény, *Procédés d'élaboration du dr. civ.* (*Méthodes juridiques*, p. 181-182).

2. Mais, quoi qu'il soit au-dessus de l'intérêt matériel qui gouverne les actions humaines, « les hommes ont un intérêt d'ordre sentimental peut-être, mais qui n'en est pas moins indestructible, à mettre la satisfaction de leurs besoins économiques d'accord avec un idéal de raison et de justice. Tout système économique s'organise, socialement parlant, autour d'une idée de justice, de sorte que, pour aider à l'évolution du système, il ne suffit pas de constater les intérêts qui deviennent prépondérants ; encore faut-il en faire un système organique dans lequel l'idée de justice trouve sa place et au-dessus duquel plane l'idéal d'une harmonie sociale plus stable et plus douce », écrit M. Saleilles en se faisant l'écho d'une résurrection de l'idée contemporaine de droit naturel (1) ; ou, comme le dit M. A. Schatz :

(1) Saleilles, *École historique et droit naturel* (Rev. trim., 1902, p. 96). Pour M. Génv, l'idéal de justice et l'idéal d'utilité apparaissent comme compléments du but dans le droit, tel qu'il a été conçu par Jhéring dans le *Zweck im Recht* [Gény, *Méthode d'interprétation*, p. 471, 472, 480, 482 ; — *La notion de dr. positif à la veille du xx^e siècle* (Rev. intern. de l'enseign., 1901, t. I, p. 15)] ; — Comp. Charmont, *la Renaissance du dr. natur.*, p. 217 ; — Alvarez, *Une nouvelle conception des études juridiques*, Paris, 1904, p. 181 et sv. ; — Picard, *Droit pur*, p. 303 ; — Duguit, *op. cit.*, p. 114, 422, 466, 502 ; — G. Richard, *La Philosophie du droit au point de vue sociologique* (Rev. philos., 1906, t. I, p. 86) ; — Stammler, *Wirtschaft und Recht*, p. 169 et sv. ; — *Ueber die Methode der Geschichtlichen Rechts (Festgabe zu Bernhard Windscheid fünfzigjährigen Doctorjubilæum*, 1888) ; — O. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, t. I, 1895, p. 120-121.

« La société a une fin morale à réaliser : la société doit être juste et, à défaut de ce caractère, elle doit être détruite et remplacée par une autre (1). » Et ce n'est pas le droit immuable et éternel, de la conception ancienne du droit naturel, mais le droit suivant les grands mouvements de la vie ayant au-dessus de lui l'idée de justice et d'équité, elles-mêmes variables d'après les époques et les lieux. La création moderne de la théorie de l'abus du droit, et son maintien malgré les critiques (2), n'est que la preuve la plus éclatante de la nécessité de faire planer au-dessus du droit positif un idéal de justice variable dans le temps. Il y a une idée de justice dépassant les normes de l'usage des droits ; elle est la justice même ; il y a une idée d'équité qui domine l'exercice de tout droit, et, toutes les fois que cette limite de justice nécessaire est dépassée, l'exercice d'un droit devient abusif (3). C'est de cette idée-là qu'est sorti l'article 226 du Code civil allemand, qui, porte en

(1) A. Schatz, *op. cit.*, p. 5.

(2) Planiol, *Droit civil*, t. II, 1908, n° 871.

(3) Saleilles, *Déclaration de volonté*, p. 293 et sv. ; — *Théorie de l'obligation*, 2^e éd., p. 343, n° 4, p. 370, n° 1 ; — Charmont, *Abus du droit* (*Rev. trim.*, 1902, p. 113 et sv.) ; — Porcherot, *De l'abus de droit*, p. 8 et sv. (thèse Dijon, 1901) ; — Jocelyn Ferrand, *Résiliation du louage de services* (thèse Paris, 1897, p. 222 et sv.) ; — Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civ. all.*, n° 6, p. 44-45 et p. 51 ; — Alavarez, *op. cit.*, p. 139, 213, 216. — Jurisprudence pour le droit de grève et son abus : Cass., 22 juin 1892 : D., 92-1-449 ; — 7 février 1900 : S., 1903-2-225, avec la note de M. Wahl ; — pour l'exercice abusif du droit de propriété : Cass., 10 juin 1902 : D., 902-1-454.

termes généraux : « L'exercice d'un droit n'est pas permis lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que de causer à autrui un dommage (1). »

*
* * *

3. Nous voilà arrivés à la partie peut-être la plus difficile de la théorie générale du droit, d'après les conceptions juridiques contemporaines. Le droit n'est qu'une vue prise par la connaissance sur la mobilité de la réalité sociale, vue de discipline pour organiser l'équilibre des intérêts ; par son besoin de sécurité, nécessaire à toute organisation, le droit est purement conservateur ; au-dessus de lui, et au-dessus surtout des normes réalisant des principes juridiques, règne un idéal quelconque de justice et d'équité. D'autre part, sous la forme dynamique de rapport juridique, le droit prend contact direct avec les transformations de la vie sociale, et, comme nous l'avons esquissé dans des traits très généraux, il n'y a pas un autre de tous les objets de notre connaissance qui soit autant soumis à une évolution plus prononcée et plus essentielle, que la matière sociale. Principe d'équilibre et principe conserva-

(1) Saleilles, *Théorie de l'obligation*, 2^e édit., p. 370-373 et la note pour concilier l'article 226 avec l'article 823 ; — Note aux articles 226-231 (VI^e section, livre I de la trad. du Code civ. allemand) ; — *Introd. à l'étude du dr. civ. all.*, p. introd. n^o XVIII, et texte n^o XI ; — Av. aussi H. Leyret, *Les Nouveaux jugements du Président Magnaud*, Introd., p. 45-46, p. 88.

teur d'un côté, — changement, évolution de l'autre, — le droit pourrait nous apparaître ou bien comme impossible à réaliser, ou bien comme marchant contre la nature même des choses.

4. Mais « rien n'est plus fallacieux que de croire rendre compte du droit par le droit lui-même » : chercher le droit dans des spéculations pures de la pensée, poser des principes immuables et tirer des conséquences purement rationnelles serait construire une métaphysique qui pourrait satisfaire la raison, mais qui serait bien loin de la réalité des rapports sociaux qui forcent la création du droit en chaque moment (1); le droit avant tout doit se réaliser : sorti des nécessités pratiques, il les gouverne et doit les suivre dans leurs changements ; tel qu'un caméléon qui change de couleurs d'après le milieu dans lequel il se trouve, le droit changera, évoluera avec le milieu duquel il est sorti. « Le droit existe pour se réaliser,... ce qui ne se réalise point, n'est point du droit (2). » En tant que principe d'équilibre social, le droit doit suivre le changement de cet équilibre, — en tant que principe conservateur, il ne suivra que les grands courants de la vie ; sa tâche est

(1) Av. E. Picard, *op. cit.*, p. 267-268 : « Il faut se garder de trop raisonner dans le droit. On s'exposerait à y déraisonner » (p. 268).

(2) Jhéring, *Esprit du droit romain* (trad. fr., t. III, p. 16) ; — comp. t. I, p. 50, 29 et suiv. ; — *La lutte pour le droit*, 1890 (trad. fr., p. 1-15) ; — Gény, *Méthode d'interprétation*, p. 584.

donc de concilier le mouvement avec le maintien de l'équilibre ; « il circonscript le mouvement dans les limites marquées par le bien social et constitue ainsi la loi même de la vie des sociétés » (1). L'idéal de justice, étant le concept de la paix sociale, variable dans le temps et l'espace, se transformera lui-même et suivra l'évolution des conceptions organisatrices du monde. Un principe juridique, une fois fixé, ne reste pas comme une « pierre immuable » au milieu du courant social ; il change, il se transforme suivant la direction du courant et là même, où des raisons morales paraîtraient avoir fixé pour toujours le principe, — là aussi il suivra l'évolution sociale (2). Qu'on se rattache à l'idée de solidarité (3), pour expliquer le fondement philosophique du droit, à celle de l'idéal de justice relatif dans le temps (4), à celle du droit individuel à l'existence (5), à celle d'in-

(1) Vander Eycken, *op. cit.*, p. 68 ; comp. p. 19 ; — av. Alvarez, *op. cit.*, p. 170 ; — Saleilles, *la Réforme de la licence en droit* (*Rev. int. de l'enseig.*, 15 avril 1904, p. 320-322) ; — Roguin, *op. cit.*, p. 8-9.

(2) Av. Saleilles, *Déclaration de volonté*, art. 133, nos 44 et 64, *passim* ; n° 58, p. 270-291. — Dans le même sens, toute l'évolution des articles 6 et 1133.

(3) L. Bourgeois, *Solidarité* ; — L. Duguit, *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 72 et suiv., 261 et 271.

(4) Saleilles, *École historique et droit naturel* (*Rev. trim.*, 1902, p. 80 et suiv.).

(5) Bendant, *le Droit individuel et l'État*, notamment la conclusion, p. 261 et suiv. ; — A. Scharitz, *op. cit.*, notamment p. 239 et suiv., 305 et suiv., et 555 et suiv.

violabilité de la personne (1), à l'idée que le droit c'est la liberté consacrée et réglée par le devoir (2), à celle que les hommes sont en société pour mieux atteindre les buts qu'ils se proposent (3) ou pour faire leur devoir (4) — la difficulté reste toujours la même, c'est de fixer les frontières de son empire, de voir jusqu'où ils (les hommes) peuvent aller en face de principes opposés, à l'encontre de faits qui sont contraires », c'est de mettre en concordance les principes de l'équilibre établi et du conservatisme du droit, avec l'évolution sociale, — et c'est là le grand rôle de la technique juridique.

5. Science et technique juridiques ne sont que les deux aspects, tous les deux indispensables, du droit : observer les phénomènes de la vie sociale, organiser le « donné » en vue de la connaissance pour arriver à des directions de conduite, c'est faire œuvre de science, adapter les principes « construits » par la connaissance aux besoins de la vie pratique, les aménager en vue d'une « utilisation effective », adapter l'idée d'équilibre qu'on *s'en faisait* à celle qu'on *s'en fait réellement*, c'est faire œuvre de technique. Et si la science offre les principes fondamentaux, si elle prend les vues de détails, exacts en tant que principes de connaissance, — c'est la tech-

(1) Boistel, *Philosophie du droit*, t. I, p. 72 et suiv.

(2) Franck, *Philosophie du droit civil*, p. 9 et suiv.

(3) Stammler, *Lehre des richtigen Rechts*, p. 196.

(4) Beaussire, *Principes du droit*, p. 46.

nique qui les met en mouvement ; c'est elle qui donne l'idée d'ensemble et d'unité dans le temps, c'est elle qui représente l'action, et par là, c'est elle qui donne des créations sous l'impulsion des besoins nouveaux (1) ; le droit doit toujours être « fonction, en termes mathématiques, de la réalité sociale », et la création de ce rapport direct et toujours constant c'est seulement la technique qui peut le lui offrir. Si nous nous permettions de faire une comparaison bergsonienne, la technique pourrait être considérée comme la force motrice qui met en mouvement les vues cinématographiques prises dans des concepts par l'esprit humain, pour remettre l'immobilité de la pensée dans la durée réelle de l'évolution : *la technique est la force dynamique de la réalisation du droit*, — et en tant qu'on considère le droit comme phénomène social essentiellement d'action, elle est l'essence même du droit en ce qui concerne sa réalisation. Moyen de construction et moyen d'adaptation

(1) Gény, *Méthode d'interprétation*, p. 5, 465-466, et les exemples qu'il y donne ; — *La Technique législative dans la codification civile moderne* (*Liv. du cent.*, t. II, p. 992-993) ; — *Procédés d'élaboration du droit civ. (Méthodes juridiques)*, p. 181-185) ; — Saleilles, *Revue trim. de droit civ.*, 1902, p. 87 ; — Demogue, *op. cit.*, p. 204 ; — Tanon, *op. cit.*, p. 40 ; — J. Kolher, *Rechtstechnik*, p. 138-145 ; — Jhéring, *Espr. du droit rom.*, t. I. p. 48-58 ; t. III, p. 11-26, *passim* ; — Becker, *System des heutigen Pandektenrechts*, t. II, 1889 ; — Vorwort, p. IX-XI, av. des indications bibliographiques sur cette manière de considérer la technique comme moyen essentiel d'adaptation ; — Gény, *Méthode d'interprétation*, p. 466, notes 3 et 4.

du construit au réel, son but s'identifie avec celui du droit lui-même; moyen d'adaptation surtout dans les temps contemporains, elle forme toute la vie du droit, — et étudier la technique ce n'est pas toujours se perdre dans les nuages d'une métaphysique juridique, mais se figer dans le réel même, pour surprendre toutes les sinuosités des transformations réelles du droit. Prise en ce sens large, elle se confond avec la méthode et la dépasse peut-être : son grand rôle dans les études juridiques est indiscutable, son utilité n'a besoin d'aucune démonstration, et son manque de rationalisme pur ou, mieux, sa réalité est certaine. Pourtant les études sur la technique sont bien rares, on pourrait même dire qu'elles n'existent pas du tout, par rapport à son importance (1).

6. Loin de vouloir faire dans notre travail une étude générale sur la technique juridique (l'effort serait trop grand tant pour nos forces que pour le cadre d'un tra-

(1) On peut citer en dehors des indications données à la page 36 Jhéring, *Esprit de droit romain* (trad. fr., t. III, p. 1-80 ; t. I, p. 1-60) ; — Cuy, *Institutions juridiques des Romains*, t. I, 1^{re}, p. 717 et suiv. ; — Vander Eycken, *Méthode positive d'interprétation juridique* ; — Demogue, *Les Notions fondamentales du droit privé*, p. 200 et suiv. ; — Korkounov, *Cours d'une théorie générale du droit*, p. 52 et suiv. ; — Saleilles, *Introduction à l'étude du droit div. all.*, n° V ; — *Déclaration de volonté* : art. 133, surtout n° 43 et suiv. ; — Préface à l'ouvrage de M. Gény, *op. déjà cit.*, *les Méthodes d'enseign. du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse* (*Rev. int. de l'enseign.*, 1902, t. XLIV, p. 313-329) ; — *Ecole historique et droit naturel* (*Rev. trim.*, p. 80-112) ; — *la Réforme*

vail si restreint), nous nous contenterons, en cherchant d'abord le mécanisme et le fondement de l'évolution du droit, d'analyser dans leurs traits généraux les résultats auxquels on est arrivé sur certains points que nous rencontrons sur notre chemin, soit par la loi, soit par la jurisprudence, soit par voie purement doctrinale, par une adaptation des principes anciens aux besoins nouveaux de la vie. D'autre part, laissant de côté la technique de la formulation du droit, nous nous bornons seulement à la technique des constructions juridiques. Quant à la première, nous nous bornons à un simple renvoi à l'étude de M. Gén'y sur *la Technique dans la codification moderne* (1) ; quant à la seconde, qu'on ne pense pas à une étude de philosophie juridique de la construction ; d'après ce que nous venons de dire, considérant la technique comme le moyen d'adaptation et de rajeunissement du droit, nous considérerons en grande partie notre tâche accomplie quand,

de la licence en droit (Rev. int. de l'enseign., 1904, p. 320-324) ; — Préface à L. Lyon-Caen, *la Femme mariée allemande* ; — Gén'y, *la Notion de droit positif à la veille du XX^e siècle (Rev. intern. de l'ens., t. XLI, 1901, p. 31 et suiv.) ; —* E. Picard, *Droit pur*, p. 266 et suiv. ; — E. Lambert, *Intr. à la fonction du droit civil comp.*, Paris, 1903, p. 16-58 et *passim*, p. 58-103, 169-171 ; — Kolher, *Rechtsphilosophie und Rechtstechnik* ; — *Lehrbuch des Bürgerlichenrechts*, t. I, p. 138 et suiv.

(1) Gén'y, *Liv. du cent.*, t. II, p. 990 ; — E. Zitelmann, *Die Kunst der Gesetzgebung*, Dresde, 1904 ; — J. Kolher, *Technik der Gesetzgebung* (paru dans l'*Archiv für die civilistische Praxis*, Tübingen et Leipzig, 1905.

après avoir formulé l'opinion que nous croyons qu'il faut se faire des causes de l'évolution du droit et de leur manière d'agir, nous aurons trouvé leur confirmation dans des exemples pris sur le vif de cette évolution pendant le siècle qui sépare la codification de l'état actuel du droit ; elle sera loin d'être complètement accomplie, — et peut-être plus tard dans une autre étude reviendrons-nous sur le sens de l'évolution juridique et de sa manière d'agir en appuyant notre opinion sur beaucoup d'autres exemples, qui ne manquent pas dans l'évolution jurisprudentielle, sur les points qui se sont trouvés plus près de l'évolution sociale, économique et morale. En ce sens-là les exemples que nous allons prendre dans la deuxième partie de notre travail ne sont et ne peuvent pas être limitatifs. Le tout sera fait à peu près seulement dans le cadre du droit civil. Comme question de méthode, pour mieux dégager le chemin que nous allons suivre, nous indiquerons dès maintenant les moyens employés par la technique dans l'élaboration du droit, pour faire ensuite dans les chapitres suivants leur application en ce qui concerne l'adaptation du droit dans les deux grands domaines de la technique : l'interprétation et la construction juridique, soit législative, soit doctrinale.

*
* *

7. Avec son but d'organisation sociale en vue de

l'ordre, comme nous l'avons montré, le droit n'est qu'un continuel effort d'établir l'équilibre entre les intérêts (1), et par conséquent il trouve son fondement dans une valorification des intérêts, par voie de raisonnement. Mais, comme toute connaissance humaine, « le donné » du droit ne sera qu'une vue immobile, un aperçu photographique, si l'on veut, pris sur la mobilité du réel, et son « construit » dans l'équilibre ne représentera que la possibilité d'une équivalence d'intérêts en un moment donné du temps. Il suit de là que tout changement dans les éléments du « donné » devrait transformer la conformation du « construit » et par là déplacer l'équilibre; d'autre part, la matière sociale, en plein essor d'évolution, en tant qu'elle n'est pas encore arrivée à une agrégation similaire à celle des corps physiques, change, on pourrait le dire, en forçant un peu l'expression, au jour le jour; il suivrait de là que, pour avoir une conception du droit représentant l'équilibre réel, on devrait le modifier, lui aussi, au jour le jour. Mais c'est ici qu'intervient le rôle de la technique pour concilier le principe conservateur du droit avec la mobilité de la vie pratique. Les moyens qu'elle emploiera seront indiqués par la nature même de son but : en effet, en tant

(1) Av. Génv, *Méthode d'interprétation*, p. 540-543 ; — Thaller, *Droit com.*, édit. 1910, p. 1. D'ailleurs sur ce point nous allons revenir avec plus de détails dans notre deuxième partie.

Contra : A. Lévi, *la Société et l'ordre juridique*, Paris, 1911, p. 286 et suiv.

que le besoin de sécurité impose la conservation le plus de temps possible de l'équilibre établi, la technique, pour pouvoir apprécier la valeur intrinsèque des changements produits dans le « donné », aura besoin de simplifier la matière du droit pour mieux dominer l'ensemble intellectuellement, et pour mieux se rendre compte des valeurs individuelles par rapport au tout; la *concentration logique* en est la forme; le changement qui a apporté le déséquilibre peut porter dans chaque élément sur des parties différentes, — et l'*analyse* en offre le moyen pour découvrir la portée de ses changements; enfin leur portée, quant aux éléments, une fois découverte, l'adaptation peut commencer, et le but de la technique entre dans la phase de son plein épanouissement par la formation des *constructions juridiques* ou « corps juridiques », comme les appelle Jhéring, chacun doué d'une vie propre.

Ainsi l'*analyse*, la *concentration logique* et la *construction juridique* sont les trois moyens employés par la technique pour la réalisation de son but d'adaptation du droit aux transformations de la vie (1). Les deux premiers ne sont que la préparation du troisième.

8. Par l'*analyse* (2) on décompose chaque notion juridique dans ses termes essentiels, pour découvrir

(1) Jhéring, *Esprit du droit romain*, t. III, p. 30 et suiv.

(2) Pour le rôle de l'analyse dans le développement du droit romain, av. Cuq, *op. cit.*, t. II, 1902, p. 41.

ainsi leur corrélation et leur portée réciproque et faciliter la réalisation possible d'un tout dans les combinaisons entre elles. Si l'analyse est facile dans les corps physiques, c'est parce que leur matière se prête à une décomposition expérimentale totale, mais là où le phénomène est complexe, là où la quantité d'éléments ne peut être exactement déterminée, comme dans les faits biologiques, psychologiques et sociaux, l'analyse devient d'une difficulté insurmontable, car « il n'y a rien de plus difficile que d'établir que l'analyse est suffisante et complète (1) ». Faire l'analyse la plus complète c'est connaître la portée la plus exacte d'une notion juridique; et, pour ne prendre qu'un seul exemple, nous nous référons à l'indication de l'analyse de l'article 133 du nouveau Code civil allemand, faite par M. Saleilles, concernant l'interprétation d'une déclaration de volonté: « Si l'article 133 parle encore de volonté réelle, cela veut dire que, pour savoir comment entendre la volonté déclarée, il faut tenir compte de *toutes les circonstances extérieures*, de tous les faits apparents qui puissent permettre de retrouver dans la volonté déclarée la manifestation la plus rapprochée de la volonté réelle », ou bien, plus loin, « ce qu'il faut dire, c'est que la déclaration ne consiste pas seulement dans les termes qui l'expriment, mais dans tout le *milieu de circonstances ambiantes* d'où elle est issue et auxquelles elles se rat-

(1) Bain, *Logique*, t. II, p. 419 (éd. Alcan).

tachent (1). » L'analyse donc servira à fixer une notion juridique dans la complexité de ses éléments, et la portée de ces éléments par rapport au tout; d'autre part, en tant que, comme nous allons le voir plus tard, nous considérons comme unique moyen technique d'adaptation du droit la construction juridique, et dans la construction juridique, comme détermination exacte de l'endroit par où cette adaptation peut et doit se faire, les catégories d'intérêts qui se forment à l'intérieur de la construction, — le rôle de l'analyse devient prépondérant. Le principe logique qui veut que toute synthèse soit précédée d'une analyse trouve une application nécessaire dans la technique du droit.

9. Mais l'analyse n'est qu'un travail provisoire, elle n'est qu'un moyen de connaissance, — la synthèse est œuvre de science et elle ne peut s'acquérir que « par la réadaptation ultérieure de ces parties d'abord détachées, par la reconstitution des êtres concrets des tous ainsi fragmentés » (2). L'analyse n'est que la série de cercles se rétrécissant de plus en plus que la science fait pour fixer le centre d'un principe (3); tel qu'un oiseau qui fait des grands contours jusqu'à ce qu'il trouve l'endroit

(1) Saleilles, *Déclaration de volonté*, art. 133, n° 52, p. 217; — *Ibid.*, n° 61, p. 220.

(2) R. Worms, *Philosophie des sciences sociales*, 1903, Paris, p. 14; — comp. H. Blondel, *Approximations de la vérité*, 1900, p. 8.

(3) Jhéring, *op. cit.*, t. III, p. 46.

pour atterrir, la science oscille beaucoup dans l'analyse pour trouver la fixité du principe. Synthèse d'une série de connaissances enchaînées entre elles par un lien de dépendance, le principe est la *concentration logique* qui permet à l'esprit de dominer la complexité de la vie; comme l'écrit M. Thaller, « le principe est une boussole et un stimulant d'action à la fois. Il constitue un précepte de connaissance, on a un principe et l'on y voit plus clair » (1); le principe n'est que l'enchaînement *rationnel* des éléments de l'analyse pour mieux maîtriser leur portée; pur produit de la pensée, son rôle doit se restreindre seulement au raisonnement juridique; mais construire avec les principes et chercher à leur donner une objectivité réelle en dehors de tout contrôle, c'est tomber dans l'erreur qui a caractérisé l'école des interprètes du Code, celle de créer un nombre limité de catégories juridiques, de les douer « d'une réalité objective permanente », et se figurer que ces catégories sont tout le droit (2). D'ailleurs, sur l'erreur au point de vue technique de l'école des interprètes du Code nous allons revenir.

Au contraire, attribuer aux principes la valeur de conceptions subjectives, et aux conséquences qu'on en tire, celle de pures hypothèses, c'est leur donner le caractère d'inventions « destinées à expliquer, à ordon-

(1) Thaller, *la Méthode du droit commercial* (dans *les Méthodes juridiques*, p. 148-149).

(2) Gény, *Méthode d'interprétation*, p. 115, 131.

ner, voire à féconder une matière ». L'immense avantage de la concentration logique est que « le principe, une fois trouvé et reconnu, devient lui-même la source de règles de droit nouvelles », et ce sont toutes les conséquences que le principe entraîne et qui étaient restées ignorées, qui y découlent. Mais c'est ici la grande difficulté de cette opération; entraîné par les déductions purement rationnelles, on arrive à des assimilations erronées, — poussé par le besoin d'unité de notre esprit, on concentre autour d'une idée des choses simplement analogues. L'affirmation de Jhéring lui-même que « l'exception n'est souvent que la forme sous laquelle la règle s'élargit et se complète(1) », ou bien celle que : « un droit réduit à ses éléments logiques nous offre l'alphabet du droit, au moyen duquel nous pouvons résoudre toutes les modalités nouvelles de la vie » (2), ne sont encore qu'une tendance un peu exagérée de ramener toute la matière du droit à une série de principes déduits logiquement. C'est en Allemagne surtout que le terrain des pures concentrations logiques s'est développé, et c'est là aussi que la réaction commence(3). Mais n'entrons pas trop dans les détails; pour l'instant nous fixons seulement les points essentiels pour dé-

(1) Jhéring, *op. cit.*, t. III, p. 49. Dans le même sens : Vander Eycken, *op. cit.*, p. 40, 31.

(2) Jhéring, *op. cit.*, t. I, p. 42; av., dans le même sens, l'idée que M. Thaller se fait de la concentration logique : *Méthode en droit commercial* (*Méthodes juridiques*, p. 146-147).

(3) Comp. Génv, *op. cit.*, p. 111 et sv. et *passim*, p. 39, 40.

blayer le chemin que nous allons suivre ; quant au développement de ce que nous venons de dire, nous allons le faire par application dans les exemples que nous allons rencontrer.

10. Enfin le dernier moyen de la technique, c'est la *construction juridique* : après que les autres moyens ont séparé les éléments et les ont enchaînés par l'abstraction dans des principes, la construction juridique détermine leur contenu, forme leur objet, cherche leur cause, délimite leur force par rapport aux autres, et leur indépendance entre elles, forme la systématisation du droit, et, en gardant toujours le lien d'attache avec la réalité, érige le droit en science sociale positive. C'est ici qu'apparaît le grand rôle de la synthèse : différent de celui de la concentration logique, la construction demeure et doit demeurer en connexion étroite avec la réalité (1) ; telle est la grande différence entre la concentration logique et la construction. C'est ici qu'intervient le grand courant de la pensée contemporaine : *le droit est par essence la science sociale pratique, et par conséquent il doit toujours garder les bases de ses principes et de ses constructions dans la vie réelle même ; perdre le contact avec la vie réelle, c'est s'égarer de l'essence même du droit, et arriver à*

(1) Comp. Génv, *op. cit.*, p. 131 ; — Vander Eycken, *op. cit.*, p. 40, 41 ; — Demogue, *op. cit.*, p. 229.

des constructions dépourvues de toute utilité et qui n'ont de commun avec le droit que le nom seulement (1) ; c'est de cette manière seulement qu'on peut acquérir la connaissance de la véritable nature du droit. C'est par ce raisonnement qu'on arrive à la vie réelle des constructions juridiques ou « corps juridiques » ; tandis que les concentrations logiques n'ont qu'une existence substantielle, les corps juridiques, au contraire, sont « des êtres juridiques que nous concevons et animons par l'idée d'une vie et d'une existence individuelles. Elles naissent, meurent, agissent, entrent en conflit les unes avec les autres ; elles ont leurs missions et leurs buts, et, pour les réaliser, leurs forces et leurs qualités particulières (2). » En d'autres termes, d'après les conceptions actuelles, le droit devient une science synthétique quant à sa manière de construire le tout, et évolutive quant à son contenu (3). Les corps juridiques ou institutions juridiques ainsi comprises doivent être jugées d'après leurs structures et leurs buts.

11. En tant que la valeur du droit est une valeur utilitaire, valeur d'action, valeur pratique, — le but dans le droit devient un élément essentiel ; se demander si le

(1) Av., dans le chapitre suivant, les écoles qui se partagent cette manière de voir.

(2) Jhéring, *op. cit.*, t. III, p. 52 ; — Savigny, *Ueber den Beruf userer Zeit*, 3^e édit., p. 29.

(3) C.-O. Bunge, *le Droit c'est la force*, p. 320.

droit a un but quelconque, c'est la même chose que se demander si la vie a un sens : « la satisfaction espérée par celui qui veut est le but de son vouloir », comme le dit Jhéring (1). A ce point de vue, l'importance du but dans le droit devient certaine ; mais il ne faut pas faire du but le même emploi que du finalisme philosophique, ou bien alors il faut faire la distinction philosophique, si connue, entre la cause efficiente et la cause finale, et considérer le but dans le droit comme une simple cause efficiente ; c'est de cette manière qu'on peut expliquer, croyons-nous, la critique de la théorie de la cause dans les contrats faite par M. Planiol (2) et l'assimilation qu'il fait entre la cause et l'objet du contrat, et c'est par cette distinction, il nous semble, qu'on peut arriver à la conclusion de M. Bartin sur la condition illicite ou immorale dans les donations, comme étant uniquement « un acte abstrait de volonté dans une *intention* de bienfaisance qui ne peut être ni

(1) Jhéring, *Zweck im Recht* (trad. fr., 1901, p. 8, 39, 305) ; — sur l'idée de but d'après Jhéring, av. Tanon, *op. cit.*, p. 44 et suiv. ; — Gény, *op. cit.*, p. 470 et suiv. ; — Saleilles, *Ann. de droit comm.*, 1892, t. VI, p. 292 ; — Durkheim, *Revue philosophique*, 1897, p. 49 ; — M. Aguiléra, *L'idée du droit en Allemagne, depuis Kant jusqu'à nos jours*, Paris, 1893, p. 220 et suiv. ; — C. Bouglé, *les Sciences sociales en Allemagne*, 1896, p. 103 et suiv. ; — Sur l'exagération de l'idée de but, av. Picard, *op. cit.*, p. 300 et suiv. ; — Saleilles, *Refus de paiement pour inexécution de contrat* (*An. de droit comm.*, 1892, an VI, p. 291-293) ; — Comp. A. Lévi, *op. cit.*, p. 285 et suiv.

(2) Planiol, *Droit civ.*, t. II, 1908, nos 1037 et suiv. ; *Rev. critique*, 1888, p. 708-709.

illicite, ni immorale (1) ; la création de la formule « *cause impulsive et déterminante* » en matière de donations datant depuis 1860 dans la jurisprudence (Cass., 26 mars 1860 : D., 60-1-255 ; — Cass., 31 juillet 1860 : D., 60-1-458 ; S., 80-1-833), pour annuler des donations faites à des concubins ou à des enfants naturels n'est que l'expression juridique de la cause efficiente : ce qu'on considère comme élément essentiel, ce n'est pas autant la cause même, mais le but vers lequel elle tend et sa réalisation effective. C'est par le même raisonnement et la même manière de voir que la jurisprudence, quoiqu'elle ne le dit pas d'une manière explicite, est arrivée dans un cas spécial à accorder un droit en dehors de la loi : en effet, les testaments n'étant pas révocables pour cause de survenance d'enfants, on a trouvé juste de créer une exception pour le mari qui teste n'ayant pas eu connaissance de la grossesse de sa femme, et la jurisprudence a cru pouvoir l'admettre en considérant le testament comme sans cause, « en tant qu'il avait pour but de régler la succession collatérale à défaut d'héritiers directs » (Douai, 30 janvier 1843 : S., 43-2-69 ; — Rennes, 11 avril 1905 : D., 1906-2-257 ; S., 1905-2-241) ; ou par le même raisonnement pour annuler une donation faite à un enfant adultérin. Un arrêt décrit de la manière suivante le procédé poursuivi : la libéralité a pour

(1) Bartin, *Théorie des conditions impossibles et illicites*, Paris, 1887, p. 369-370.

mobile et pour cause déterminante l'opinion de son auteur que le légataire était son enfant adultérin ou incestueux ; il a donc *voulu* transgresser la prohibition de la loi, et son acte a pour cause un motif illicite (Cass., 31 juillet 1860 : D., 60-1-458) (1).

Le droit ne se préoccupe que du résultat pratique à atteindre, et son attention ne porte que sur ce résultat ; donc il n'y a pas dans le droit du finalisme à proprement parler ; il n'y a que seulement une causalité efficiente, et c'est ainsi qu'il faut comprendre le but dans le droit : le monde social ne marche pas vers un but certain, d'avance fixé et devant être atteint par nécessité, — il cherche seulement à réaliser des buts, des fins qui lui sont indiqués par des causes réelles et toujours changeantes.

12. Et, pour faire une petite digression, c'est ici la grande différence entre l'ancienne doctrine du droit naturel et celle de ses partisans contemporains. Les partisans de celle-là avaient cru pouvoir mettre à la société une fin, un but dicté par la raison seulement, imposé comme tel à tout moment de l'évolution, et intangible

(1) Av. encore Cass., 17 juillet 1882 : D., 1884-1-157 : « La donation ne pourrait être annulée dans son entier que si la condition d'une chose illicite était reconnue, en fait, avoir été la cause déterminante et le but de la disposition » (C. civ., 1131-1172). — Comp. Planiol, *op. cit.*, t. III, 1908, n° 2959 et note, 2852, 2509, 2518, 2945 et note ; — Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 543-546 ; — *Adde* : Cass., 29 juin 1887 : D., 88-1-245 ; — Comp. Baudry-Lacantinerie, *Droit civil*, t. XII, 1906, p. 366.

quant à son contenu et quant à sa forme ; la société, d'après eux, se conduit d'après certaines lois fixes, immuables par leur nature, et qui ne peuvent être découvertes que par voie de raisonnement pur ; la société a une fin, un idéal à réaliser, cette fin reste œuvre de la raison, et, en fixant les lois positives, on cherche à guider la marche de la société vers ce but : c'était l'influence du finalisme philosophique. Les partisans actuels mettent, eux aussi, un idéal de justice au-dessus de la réalité des faits ; ils considèrent, eux aussi, qu'au-dessus des faits il s'impose tant à l'interprète, qu'au législateur même, une idée de justice, générale et universelle quant à sa forme, mais variable et contingente quant à son contenu : il y a un virtuel de la réalisation de l'idée morale, un maximum étique qui puisse se traduire dans le droit, et, en tant qu'il traduit les données nécessaires de la « nature des choses positives », il doit rester universel et immuable ; considérant qu'il doit être conforme à « l'ordre naturel *permanent* des rapports entre les éléments du monde », il sera intangible et immodifiable dans cette mesure seulement, disent les uns (1) ; ou, d'après certains autres, il y a des idéaux de justice variables par rapport à la contingence même des faits auxquels le droit doit s'ap-

(1) Av. Génv, *op. cit.*, p. 485, 472-473, 479, 482, 484, 582 ; — *La notion de droit positif à la veille du XX^e siècle* (*Rev. intern. de l'enseign.*, 1901, p. 15) ; — Comp. O. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, t. I, 1895, p. 120-121.

pliquer, et cette variabilité est la conséquence nécessaire de l'évolution de ces faits mêmes ; l'affirmation qu' « il n'y a pas de sciences morales, de méthode, ni de procédé qui puissent entièrement suppléer à la raison subjective » n'est que la variante de cette dernière thèse (1).

*
* *

13. Mais, en dehors de toute considération philosophique, une seule chose doit rester comme établie : il existe dans le droit un finalisme, beaucoup atténué par la considération, que le droit n'est que l'organisation des intérêts en vue de l'équilibre, et que cet équilibre est variable quant à son contenu dans l'espace et le temps. Ce finalisme, dans sa forme la plus générale, est la « garantie des conditions de la vie sociale (2) ». Aller plus loin : c'est tomber dans les exagérations du droit si fréquentes dans l'époque contemporaine (3).

Ainsi nous voilà en possession des termes génériques qui peuvent servir à une étude de la technique juridique.

(1) Saleilles, *Ecole historique et droit naturel* (Rev. trim., 1902, p. 96) ; — Ch. Beudant, *Le Droit individuel et l'Etat*, 1891, p. 32, 116-117 ; — Boistel, *Philosophie du droit*, t. I, p. 44-46 ; — Tarde, *Transformation du droit*, 1893, p. 126-128 ; — P. Gide, *Etude sur la condition privée de la femme*, 2^e éd., 1885, p. 423.

(2) Tanon, *op. cit.*, p. 47.

(3) Av. à ce sujet, Picard, *op. cit.*, p. 303 et sv., et surtout p. 327.

Celle-ci, comme nous l'avons dit, représente le moyen par lequel le droit conservateur, par sa nature, peut adapter et transformer les équilibres anciens, qui ne correspondent plus à la réalité des choses, aux nouveaux besoins de l'évolution sociale. En effet, supposons l'équilibre réalisé en un certain moment; l'évolution sociale amène des événements qui troublent ou peuvent troubler l'équilibre; pour maintenir l'équilibre, ou pour le rétablir quand il n'existe plus, il faudra employer certains instruments qui, attribuant aux faits nouveaux leur valeur réelle par rapport aux anciens, puissent le rétablir ou le maintenir; ces instruments sont les règles juridiques. Les étapes par lesquelles la création d'une règle passe sont les suivantes : « un fait nouveau intervient, il fait craindre un déséquilibre; pour l'éviter, on imagine la situation qui pourrait l'exclure; on cherche dans ses connaissances expérimentales comment on y parviendrait, on découvre un procédé, on décide de l'appliquer; enfin, en exécutant l'acte, on obtient le résultat désiré ». La règle juridique suit le même chemin, quoiqu'elle n'indique pas tous les termes; faisant une conjoncture sur la possibilité de la production du déséquilibre (*l'hypothèse*), elle indique le moyen nécessaire pour maintenir ou rétablir l'équilibre existant (*le dispositif*). Et au-dessus du tout, ainsi trouvé, la technique offre le moyen utilitaire pour parvenir à construire; s'appliquant au contenu de tout le droit, la technique le fait suivre le chemin indiqué par les besoins

de chaque instant en lui offrant les forces créatrices de l'utilisation des éléments découverts par la connaissance : trouver la cause du déséquilibre est le but de la connaissance, par la science proprement dite, — formuler les moyens et trouver le chemin pour l'éviter, est le but de la technique.

Dans le chapitre suivant, en analysant les quatre sources du droit : coutume, loi, codification, jurisprudence et doctrine, et en indiquant les conceptions actuelles sur le rôle et la manière de les interpréter, nous ne faisons que pénétrer encore plus loin dans l'adaptation du droit aux besoins toujours nouveaux.

CHAPITRE II

« C'est à force de vagues
mourantes que la mer réussit
à façonner sa grève, à
dessiner le lit immense où
elle se meut. »

(J. M. GUYAU.)

LOI. — CODIFICATION JURISPRUDENCE. — COUTUME — ET LES ÉCOLES JURIDIQUES CONTEMPORAINES

SECTION PREMIÈRE

LA CONCEPTION CLASSIQUE

1. Pour la fixation de la notion élémentaire de droit, pour le rôle général de la technique et les moyens, dans leur forme la plus simple de réalisation de son but, nous avons pris comme champ d'études, dans notre précédent chapitre, le droit en dehors de toute loi (hormis quelques petits exemples qui nous étaient imposés à titre de comparaison et d'affirmation plus précise de nos dires) ; c'était considérer le droit comme

« la manifestation naturelle et nécessaire de la vie d'un peuple, comme la langue, la pensée, le caractère général d'un peuple » (1), — ou c'était plutôt, pour employer un terme de synthèse, travailler seulement sur la conception subjective du droit.

Mais le droit est fait pour se réaliser, et les relations qui s'établissent continuellement entre les hommes vivant en société nous conduisent à rendre objective notre conception du droit. Les normes juridiques, en tant que moyens d'équilibre, élaborées dans leur conception par la conscience subjective, prennent, sous le besoin des relations sociales et de la nécessité de la réalisation objective de l'équilibre, une expression concrète dans les coutumes, qui ne sont que le résultat de la mise en œuvre des conceptions subjectives, et dans la loi, en raison de leur organisation effective par le pouvoir gouvernemental. Ainsi coutumes et lois, indépendantes, quant à leur existence, de la conception subjective, ne sont que la réalisation de celle-ci et, par là même, elles gardent un lien étroit entre la formule de l'équilibre et l'idée qu'on s'en fait. La différence entre la coutume et la loi n'est qu'une différence de degré quant à leur fixité et qu'une différence de force quant à leur obligativité; mais toutes les deux ne peuvent « qu'exprimer la manière constante dont se composent

(1) Orlando, *Principii di diritto costituzionale*, 1889, p. 111.

les choses réelles (1) » et, par là, elles gardent toutes les deux le lien dont nous venons de parler avec la conception subjective. Si la coutume, par son affinité plus étroite et plus proche avec les conceptions subjectives, et par sa variabilité possible, ne permet pas autant d'assurer le conservatisme du droit et la sécurité des intérêts en présence, la loi, en tant qu'elle prend une forme stable, garantie dans son application constante par la force organisée, les assure avec une efficacité indiscutable.

La loi, ne traduisant que l'équilibre des intérêts existants à un moment donné du temps, en tant qu'elle ne représente que la conception subjective d'une époque, rendue objective par rapport à chaque individu qu'elle gouverne, doit subir les mêmes transformations que les conceptions subjectives mêmes dans leurs courants généraux. L'évolution du droit sous sa forme objective restera, ou au moins doit rester, fonction de la réalité sociale. D'ailleurs l'interprétation même de la loi, qui n'est autre chose, dans sa forme dernière, que l'adaptation du droit par le juge d'après les besoins nouveaux, est elle-même fonction de l'idée qu'on se forme de la loi, et, par là, de la conception subjective du droit d'une époque quelconque.

(1) R. Eucken, *Les grands courants de la pensée contemporaine*, Paris, 1911, p. 205, note ; — Montesquieu, *Esprit des lois*, livre XIX, chap. XVI.

2. Mais si cette opinion paraît aujourd'hui tellement compréhensible, qu'elle n'a même pas besoin d'aucune démonstration, elle n'était pas pourtant la même sous l'empire des idées philosophiques qui précèdent l'époque moderne et la législation sous sa forme codifiée.

Nous sommes donc forcés, avant d'entrer dans l'étude de l'interprétation d'après les courants contemporains, de faire une petite digression sur l'idée d'évolution du droit, en étudiant ainsi indirectement, et par des traits très généraux, les idées de philosophie du droit, qui précèdent la codification, pour rendre encore plus compréhensible la méthode d'interprétation qui régna pendant la plus grande partie du siècle dernier et qui a créé au droit une sorte d'immobilisation nuisible, tant au mouvement social, dans sa réalisation dans le domaine de la vie pratique, qu'au droit lui-même.

Ces idées peuvent être caractérisées par un idéalisme juridique, qui n'est que la suite du rationalisme philosophique (1) et par un individualisme économique,

(1) L'article I du titre préliminaire du Code disait : « Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives : il n'est que la raison naturelle en tant qu'elle gouverne les hommes. » Av. Saleilles, *Le Code civ. et la Méthode historique (Liv. du Cent., t. I, p. 107-109)*. — Adde, pour le sens exact des mots droit naturel et droit individuel : Saleilles, *Fondement et développement du droit (Rev. intern. de l'enseign., t. XXII, p. 43)* ; — Boistel, *Cours de philosophie du droit*, p. 18 et sv. — Jellinek, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, p. 98 et

qui n'est que la conséquence des théories du mercantilisme.

3. Partisans de l'idéalisme philosophique, tous les écrivains de ce temps antérieur à la Révolution arrivent à la conception de l'existence d'un ordre naturel qui régit la société et dont ils s'efforcent de découvrir le mécanisme et les lois ; avec des points de départ variés, combinant à doses variables l'observation, le raisonnement et l'idéalisme, ils arrivent tous à poursuivre la réalisation de cet ordre naturel par la loi, en créant, pour l'atteindre, une *conception à priori* de la société et de la nature humaine. La loi, en tant qu'elle seule indique l'ordre naturel, sera l'unique source du droit positif ; elle est la concrétisation de la raison qui doit gouverner les hommes en vue de cet ordre (1). Le droit devient alors *la raison écrite*, qui prévoit et règle tout sans que l'interprète puisse agir en dehors d'elle : on écarte ainsi *à priori* tout jugement personnel sur les points qu'elle a fixés. L'article 1^{er} du titre IV du livre préliminaire, placé en tête du projet primitif du Code civil, qui disait : « Le premier effet de la loi est de terminer tous les raisonnements et de fixer toutes les incertitudes sur les points qu'elle règle » (2), n'en est qu'une

suivante. Pour classer mieux toute cette école, on peut bien l'appeler l'école du droit naturel et l'école du droit individuel.

(1) Av. J.-J. Rousseau, *Contrat social*, liv. II, chap. II ; — Montesquieu, *L'esprit des lois*, liv. I, chap. III.

(2) Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civ.*, t. II, p. 6.

la preuve la plus certaine. Un code doit être dogmatique », disait le tribun Jaubert (1), il est l'image d'une volonté supérieure qui s'impose aux hommes pour mieux diriger leur action (2). « Où il n'y a pas de loi, il n'y a pas de droit », telle était l'opinion des juristes (3) : la loi, « image de l'ordre éternel, doit, pour ainsi dire, se suffire à elle-même » (4) : elle est la réminiscence du pouvoir régalien, qui, de nature divine, s'imposait nécessairement d'une manière absolue, et elle, elle s'impose de la même manière en vertu de la « suprême raison fondée sur la nature même des choses », — elle est plutôt l'ordre d'un « sacerdoce » que d'une « autorité » (5), sacerdoce qui représente « une volonté supérieure qui se fait obéir » (6).

Mais pendant la même époque antérieure au Code, déjà l'opinion commence à changer en ce qui concerne l'interprétation, et Cambacérès, dans ses premier et troisième projets de Code civil, reconnaît l'impossibi-

(1) Fenet, *op. cit.*, t. I, p. 96.

(2) Comp. Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, édit. 1881, t. I, n° 1.

(3) Comp. M. Leroy, *la Loi*, p. 7 ; — Langlois, *Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence*, thèse, Paris, 1897, p. 215.

(4) Locré, *Législation civile*, t. I, p. 576.

(5) Comp. Portalis, *Discours préliminaire du Code civ.* (Fenet, *op. cit.*, t. I, p. 476) ; — Fenet, *ibid.*, t. VI, p. 152 (*Discours du tribun. Maillia Garat*) ; — *ibid.*, p. 175 (Portalis), t. I, p. 470 ; — *ibid.*, p. 476, t. VI, p. 43.

(6) Demaistre, *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques*, chap. IV ; — Com. M. Leroy, *op. cit.*, p. 50 et suiv., 92 et suivantes.

lité du pouvoir « tout dire » (1) ; la pensée des rédacteurs du Code se transforme tout à fait avec l'affirmation de Portalis : « Tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre » (2) ; mais malheureusement cette idée fut trop combattue, comme étant contraire au principe « que, sous le régime d'un gouvernement libre, le juge n'est que l'organe, en quelque sorte machinal, de la loi », et c'est pour cela qu'il ne peut pas se passer d'elle (3).

4. D'autre part, imbus des principes de l'individualisme (4), les penseurs du temps considèrent comme la seule base de toute organisation sociale la notion de l'individu et sa conséquence nécessaire, la propriété. « La liberté de l'individu est toujours l'idéal auquel le droit doit atteindre ; mais l'homme ne leur paraît pouvoir agir que mû par son propre intérêt, non par l'intérêt social », écrit M. Alvarez (5).

5. Quant à l'évolution du droit, après ce que nous

(1) Fenet, *op. cit.*, t. I, p. 1-3 et p. 140-144 ; — comp. p. 175.

(2) Fenet, *op. cit.*, t. I, p. 467, et à voir le développement de cette idée, *ibid.*, p. 469-476.

(3) Voir à ce sujet Gény, *Méthode d'interprétation*, p. 426 et suiv. ; — M. Leroy, *op. cit.*, p. 73 et sv.

(4) Sur le développement de l'idée individualiste, voir : H. Michel, *L'Idée de l'État*, Paris, 1896, p. 30-89 ; — A. Schatz, *L'Individualisme économique et social*, Paris, 1905, p. 80-113 et *passim*, 202, 357, 364, 378, 504 (s. J.-J. Rousseau) et les p. 55, 72 (note), 199, 494 (Montesquieu).

(5) Alvarez, *op. cit.*, p. 7.

venons de dire, leur conclusion ne doit plus nous paraître étrange : il n'y a pas de développement régulier du droit ; le droit est éternel, immuable et universel, il découle nécessairement de la nature de l'homme, indépendamment de toute manifestation de sa part (1), et toute transformation dans les principes du droit ne peut être considérée qu'accidentelle ou arbitraire (2).

6. C'est sous ces auspices que le Code civil fait son apparition, et les paroles de Bigot de Préameneu : « C'est un ouvrage terminé ; c'est, si je puis m'exprimer ainsi, une espèce d'*arche sainte* par laquelle nous donnerons au peuple voisin l'exemple d'un *respect religieux* » (3), ne sont que l'écho du droit immuable et éternel, de l'école du droit naturel. Ce que John Stuart Mill écrit sur l'interprétation sous l'empire des Codes : « Sous l'empire d'un Code, le juge n'a pas à décider quel serait intrinsèquement le meilleur parti à prendre dans le cas particulier qu'il doit juger, mais seulement quel est l'article de la loi sur l'application duquel il tombe, ce que le législateur a prescrit dans les cas de ce genre et l'intention qu'on doit, par suite, lui imposer

(1) Av. Korkounov, *Théorie générale du dr.*, p. 139-146, — p. les principes et axiomes du dr. naturel, av. Saleilles, *École historique et dr. naturel* (Rev. trim., 1902, p. 83 et sv.).

(2) Av. p. des détails très précis sur les discussions sur ce point-là dans les Etudes préparatoires du code civ., M. Leroy, *op. cit.*, p. 36 et sv. et 72 et sv. ; — comp. Gény, *op. cit.*, p. 72 et sv.

(3) Locré, *La Législation civile et criminelle de la France*, p. 112 ; — av. aussi Napoléon, *Récit de la captivité*, t. I, 401.

relativement au cas particulier » (1) ; où bien ce que Valette écrivait encore en 1872, en disant qu' « on a tant légiféré depuis soixante-dix ans qu'il serait bien étonnant de trouver un cas, resté tout à fait en dehors des prescriptions de la loi » (2), — ne sont que les symptômes de la même idée qui va prévaloir dans l'interprétation et qui n'était que celle des rédacteurs du Code. Elle peut se résumer dans le principe que la loi peut tout prévoir et que la codification, par conséquent, peut arrêter la marche évolutive du droit.

L'exclamation de Napoléon : « Mon code est perdu », à l'apparition du premier commentaire du Code civil, n'est peut-être que, sous une forme trop concise, la pensée de ses auteurs. *La codification doit arrêter le mouvement du droit, doit immobiliser ses principes et, par conséquent, l'interprète ne doit pas tenir compte du mouvement social*, voilà leur idée sous la forme la plus générale. « Ils ont érigé en dogme la rigidité et l'immobilité de la loi, son aptitude à tout prévoir et à tout régler, considéré toutes les autres sources comme

(1) J. St. Mill, *Système de logique inductive et déductive* (tr. fr., 1866, t. II, p. 550).

(2) Valette, *Cours de code civ.*, t. I, p. 35 ; — et av. s. le développement de cette idée, Génv, *Rev. intern. de l'enseign.*, 1904, p. 19, art. cit. — Adde Valette, *Commentaire théorique et pratique du code civ.*, t. I, p. 165, 166 et sv. ; — comp. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, 4^e édit., t. I, n° 113 ; — Laurent, *Principes de dr. civ.*, 1887, n° 273 ; — comp. Charmont et Chausse, *Les Interprètes du Code civ. (Liv. du Gent.)*, t. I, p. 133 et sv.).

taries (1), et proclamé, malgré les démentis quotidiens de l'expérience, que, désormais, l'adaptation du système juridique en vigueur aux transformations du milieu social et économique ne pouvait plus se réaliser que quand et dans la mesure où le législateur l'autorisait » (2). Et l'article 4 du Code civil était une assez minime ressource.

Si les juristes comme Proudhon, Duranton, et d'autres, qui étaient trop près de l'époque contumière et trop habitués à l'étude de la jurisprudence pour pouvoir se séparer trop vite de leur manière d'étudier le droit, ne pouvaient pas s'imaginer que la « loi civile générale peut couper les ailes au progrès doctrinal ou judiciaire du droit appliqué » et en gardaient encore la trace (3), les générations suivantes ne font qu'une application trop rigoureuse du principe d'immobilisation du droit par la codification, et de l'interprétation stricte.

Les juristes postérieurs à la codification, tout en voyant l'impuissance naturelle dans laquelle on se trouve de pouvoir arrêter la marche évolutive de la société, et par là, des phénomènes de création spontanée du droit, se

(1) Av. Génv, *Méthode d'interprétation* (p. 91), on peut dire que ce n'était pas cette portée que les auteurs de la loi de 30 ventôse an XII voulaient lui donner, en abrogeant, dans son article 7, les sources de l'ancien droit.

(2) Lambert, *Fonction du dr. civ. comp.*, p. 16 ; — comp. Alvarez, *op. cit.*, p. 36.

(3) Comp. Génv, *op. cit.*, p. 20 ; — Savigny, *Vom. Beruf.*, 3^e édit., p. 140, *in fine* ; — Larnaude, *Rev. crit.*, 1890, t. XIX, p. 373.

sont contentés d'interpréter d'une manière stricte les textes légaux et de ne tenir aucun compte du mouvement social. Cette conception trouve, en 1841, l'affirmation la plus nette dans un mémoire présenté à l'Académie des Sciences morales et politiques, par M. Blondeau, sur l'*Autorité de la loi*, avec le sous-titre : *De quelle source doivent découler aujourd'hui toutes les décisions juridiques*; d'après son avis, « la loi toute seule doit et peut, grâce à une interprétation, en quelque sorte interne, suffire à toutes les exigences de la vie juridique », ou, comme il le dit lui-même : « Dans notre opinion un gouvernement bien organisé ne doit reconnaître comme élément du droit que les lois proprement dites » (1). A une époque récente, le *Traité de droit civil* de Laurent, dans toute la technique de son interprétation, n'est que l'affirmation de la même interprétation stricte. « On ne doit jamais séparer l'esprit de la loi de son texte, en ce sens, que le texte et l'esprit ne sont pas deux choses différentes, c'est une seule chose : la volonté du législateur.... Ainsi le texte est le véri-

(1) Av. Génv, *op. cit.*, p. 21 et note 1 ; — comp. p. 18-52 av. d. le sens d'une identification du droit avec la loi : Huc, *Cours de code civ.*, t. I, p. 35 ; — Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. I, n° 114 et sv. ; — Schein, *Rechtsphilosophie*, 1889 : le droit privé n'existe qu'en tant qu'il est édicté par l'Etat ; — Jellinek, *Die rechtlichenatur der Staatenverträge*, 1880, p. 31 : seules les lois promulguées par le législateur constituent le droit ; — Bergbohn, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, p. 437 : le droit n'a pas d'existence tant qu'il n'a pas été édicté par le législateur.

table esprit de la loi, tel que le législateur l'a formulé... Quand le texte est clair, il se confond avec la loi, c'est l'esprit de la loi déclaré par le législateur (1) ».

7. Que l'on prenne l'idée d'un droit immuable des auteurs du Code ou celle de l'interprétation stricte, la conclusion à laquelle on arrive est toujours la même : *le législateur peut immobiliser le droit, et le mouvement social reste enchaîné dans les formules fixées tant qu'une nouvelle législation n'intervient pas*. Et ce qui est un phénomène assez curieux, mais qui prouve les résultats désastreux de la codification pour la doctrine juridique, c'est qu'en Allemagne, où s'est développée surtout et d'abord la lutte contre la croyance de l'immobilisation du droit par la codification, là aussi commence, après le nouveau Code civil de 1900, à se développer la même tendance d'interprétation stricte (2), qui domina en France plus d'un demi-siècle après la codification, et dont on sent si vivement le besoin de s'af-

(1) Laurent, *Cours élémentaire de droit civil*, préface, t. I, p. 12-15 ; — *Principe de dr. civ.*, t. I, avant-propos, n° 29 ; — av. Beudant, *Cours de droit civ. fr.*, 1896, préface, p. VI-VIII, intr., p. 1-13. Quant à la manière de raisonner, M. Liard écrivait : « Le droit, c'est la loi écrite... Les articles du Code sont autant de théorèmes dont il s'agit de démontrer la liaison et de tirer les conséquences. Le juriste pur est un géomètre... La grande affaire du magistrat ou de l'avocat est de débrouiller le lacis des affaires et d'en rattacher les éléments à telles ou telles des règles posées par les lois. » (Cit. d'après J. Cruet, *la Vie du droit*, p. 52).

(2) Lambert, *op. cit.*, p. 94-95 avec bibliographie à l'appui.

franchir. De même, un phénomène semblable s'est passé en Angleterre par la croyance que les lois des *statuts* ont l'aptitude de maîtriser indéfiniment l'avenir, en douant la « sentence judiciaire de la puissance, non seulement de prouver la coutume, mais de la fixer pour toujours. La décision du juge anglais conserve indéfiniment sa valeur. Elle survit aux circonstances qui l'ont justifiée, aux besoins qui l'ont imposée (1). »

Pour nous résumer : la doctrine, après la codification, a cru pouvoir trouver dans la loi écrite tout le Droit, a cru que la codification peut arrêter la marche évolutive du droit, a réduit le rôle de l'interprète à des « fonctions mécaniques », et a méprisé toute pratique extra-judiciaire (2). Cette idée s'était déjà fait place dans la jurisprudence, et la Cour de Cassation avait admis, passivement, à la suite de la doctrine, dès 1814, le rôle mécanique du juge (3). Malgré ses graves défauts, cette méthode, d'après M. Saleilles, avait deux grands avan-

(1) Lambert, *op. cit.*, p. 96 et suiv.

(2) Comp. Génv, *op. cit.*, p. 18-52 ; — Van der Eyeken, *op. cit.*, p. 26-28 ; — Alvarez, *op. cit.*, p. 36-40 ; — Demogue, *op. cit.*, p. 233 et suiv., *passim* ; — Saleilles, *Préface à l'op. cit.* Génv, p. vi ; — Lambert, *op. cit.*, p. 16-17, 18, 27, 40, 44 ; — *Une réforme nécessaire des études de droit civ.* (*Rev. int. de l'enseign.*, 1902, t. II, p. 216-217, 221).

(3) Cass., 25 mai 1814 : Dalloz, *Répert.*, voir *Effets de commerce*, n° 237, note 1 ; — comp. Saleilles, *Du refus de paiement pour inexécution de contrat* (*An. de droit comm.*, 1892, 2^e partie, p. 288-290).

tages : celui de sauvegarder contre l'arbitraire et de donner à l'étude du droit une « allure très scientifique » par un raisonnement serré et par une méthode de généralisation des principes (4).



SECTION II

L'ÉCOLE HISTORIQUE ET LA LUTTE POUR LE DROIT

8. Mais toute règle juridique, que ce soit sous sa forme de conception subjective, ou que ce soit sous celle objective de la loi en tant qu'elle ne représente que la possibilité d'un équilibre entre les intérêts en un certain moment, doit varier d'après les changements d'appréciation qui s'opèrent, relativement à la valeur des éléments qui constituent l'équilibre, et — comme ces éléments sont la matière sociale, par essence variable, — le droit doit changer nécessairement. En ce sens-là, le droit, cristallisé dans des formules, ne représente que l'image de ce qu'il était à une époque déterminée. Dès lors chercher l'esprit d'une loi, ce n'est pas chercher la pensée que le législateur s'est faite au moment où il a édicté la loi, mais, tout en gardant les termes, chercher la pensée qu'il pourrait s'en faire à l'époque

(4) Av. Saleilles, *Préface* à Génys, *op. cit.*, p. vi.

où on l'interprète. D'autre part, raisonnant sur des abstractions pures et croyant pouvoir résoudre toutes les difficultés par voie de pur raisonnement, on se mettait en contradiction avec le principe fondamental du droit, celui d'être une science purement pratique (1). Ce n'est point par le raisonnement qu'on crée le droit, il est imposé par les faits : le droit ne se crée pas par lui-même, il est découvert dans la mêlée du mouvement social. C'est là un point qui a été mis en lumière d'une manière brillante par l'école historique et qui est resté depuis lors un point acquis pour la science du droit.

9. Datant de la discussion si fameuse entre Thibaut et Savigny (2), l'école historique a comme point de départ l'idée que le droit est un produit historique, que la loi constate le droit, ne le crée pas (3) ; loin d'être un produit du hasard ou de la spéculation de l'esprit humain, le droit est la formation naturelle (*Naturwüchsigkeit*), qui se dégage de la conscience commune, il est un produit naturel surtout, qui se dégage *sans*

(1) G. Le Bon, *Psychologie politique*, Paris, 1910, p. 49.

(2) Thibaut, *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Recht für Deutschland*, 1814 ; — Savigny, *Vom Beruf...*, 1814, édit. Heidelberg, 1840.

(3) Av. Tanon, *op. cit.*, p. 1-20 ; — Korkounov, *op. cit.*, p. 178 et suiv. ; — Saleilles, *De la méthode historique dans l'enseignement du droit* (*Rev. int. de l'enseignement*, 1890, t. XIX, p. 483) ; — *Ecole hist. et droit natur.* (*Rev. trim. de droit civ.*, 1902, p. 80-112).

aucune lutte, et dont les principes suivent une marche régulière et constante d'évolution, d'après l'évolution du peuple. Sorti des besoins de chaque peuple, gardant ainsi un coloris spécifique pour chaque nation, il se manifeste d'abord sous la forme de la coutume qui est « le produit pur de la conscience nationale ». Mais, quand le développement des relations sociales devient complexe, le droit a besoin de l'œuvre du juriste pour être dégagé ; c'est ainsi qu'il passe entre les mains des législateurs et des juristes. La loi ne fait que compléter le droit coutumier, et en ce sens, elle n'est qu'une expression du droit populaire. « C'est la conscience juridique collective qui est le droit en soi. C'est en elle que la coutume puise sa force obligatoire. La pratique coutumière et la loi ne sont pas une condition de la formation du droit, l'une et l'autre ne sont que les modes selon lesquels se manifeste la conscience commune, qui est déjà par elle-même le droit. *La coutume est d'ailleurs supérieure à la loi et peut toujours la modifier ou l'abroger par désuétude.* Et c'est là une conséquence de la nature vraie du droit, et le législateur excède ses pouvoirs lorsqu'il limite arbitrairement ces effets nécessaires de la coutume (1). »

10. En matière d'interprétation, quoiqu'elle indique l'idée de création *spontanée* du droit d'après la marche

(1) Tanon, *op. cit.*, p. 18 ; — comp. Savigny, *Traité de droit romain.*, 1840, préface et chap. II ; — Puchta, *Gewohnheitsrecht*, t. II, p. 161 et suiv.

de l'évolution historique et quoiqu'elle nous dit « qu'il y a entre elle (l'interprétation) — et le peuple auquel elle s'applique une connexion organique telle « qu'il n'y a pas pour le droit de temps de repos absolu », — l'école historique ne nous donne aucune idée. En étudiant le droit à côté de l'histoire, l'école historique faisait du droit un « chapitre de l'histoire », et de là, indirectement découlait pour ses partisans un esprit immobilisateur du droit tout aussi funeste, quoique différent dans ses sources, que celui des interprètes du Code : c'est de cette manière que s'est développée, en Allemagne, l'étude du droit romain. S'il faut étudier l'histoire dans les sciences sociales, c'est pour utiliser ses exemples et les employer comme moyens de création, et l'école historique, imbue d'un esprit conservateur, s'y refusait. Par là, l'école historique, quoique luttant contre les constructions purement rationnelles de l'école du droit naturel et des interprètes du Code civil, se refusait de devenir « une méthode soit de création législative, soit d'interprétation doctrinale (1) ». Et peut-être il n'y a pas de critique mieux faite que celle de M. Saleilles quand il écrit : « L'école historique n'est et ne peut être une école juridique indépendante de l'histoire que si elle fournit une méthode de progrès et d'évolution pour *interpréter, développer, créer le droit*... Si le droit évolue, il faut que l'école historique

(1) Av. Génv, *Méthode positive d'interprétation*, p. 414-415.

nous dise comment il doit évoluer; si elle en est incapable, ou qu'elle s'y refuse, autant dire qu'elle cesse d'être une école juridique, puisqu'elle est impuissante à fournir une méthode créatrice » (1).

11. D'autre part, il est faux que le droit soit la création spontanée de mouvements sociaux « fortuits et incohérents », et, s'il est le produit de l'histoire, il l'est dans le sens d'une liaison continue entre le présent et le passé; si ce point était peut-être dans la pensée de Savigny et de Puchta, il n'a été mis en lumière que plus tard par Merkel (2).

L'idée du développement du droit n'apparaît pas comme une conséquence nécessaire de la tendance historique : menée à ses dernières conséquences, l'école historique contredit l'évolution du droit. « L'histoire n'est pas un processus qui se crée de lui-même et où les hommes ne seraient que des témoins indifférents. » La volonté humaine ne reste pas indifférente au développement historique; s'il existe une loi de causalité d'après des lois nécessaires, elle n'a pas la

(1) Saleilles, *Rev. trim.*, 1902, p. 95-96 (art. cit.), av. *Rev. int. de l'enseign.*, 1890, t. XIX, p. 484 : sur les avantages d'une combinaison possible entre l'école philosophique et l'école historique, av. p. 497, *ibid.* ; — comp. Stammler, *Wirtschaft und Recht*, p. 169 et suiv.

(2) Merkel, *Ueber den Begriff der Entwicklung in seine Anwendung auf Recht und Gesellschaft* (dans *Zeitschrift für das Privat und Öffentliche Recht*, t. III, p. 625 et suiv. ; — av. aussi Tanon, *op. cit.*, p. 24.

même portée dans les sciences physiques que dans les sciences sociales, et la volonté humaine n'est pas essentiellement déterminée par des causes inévitables ; l'action humaine n'est pas un composé pacifique, régulier et rigide quant à sa direction, mais elle reste par sa nature même soumise, en tant qu'elle touche aux intérêts les plus essentiels de l'homme, à l'influence toujours constante et certaine de leur volonté, — et le droit n'est autre chose que l'action humaine regardée au point de vue des rapports de volonté (1). La théorie de Puchta et de Savigny confond, pour leur appliquer les mêmes règles, des temps différents : si le développement du droit peut être inconscient, « fortuit et incohérent » pendant l'enfance des peuples, il se transforme au moment où se produit la séparation entre la norme morale et la norme juridique. Le droit n'est plus alors un produit spontané et inconscient, il ne naît plus d'une manière pacifique, mais il se forme, se dégage de la lutte des intérêts (2). Le droit n'est plus caractérisé alors par une formation naturelle (*Naturwuchsigkeit*), il n'est plus un croisement naturel, mais « une lutte acharnée semblable à la lutte pour la vie ».

(1) Av., pour la liaison qui peut exister entre la création du droit et la formation de la personnalité humaine, A. Lévi, *op. cit.*, p. 69 et suiv.

(2) Zitelmann, *Gewohnheitsrecht und Irrthum* (d. *Arch. für die civilistische Praxis*, t. LXVII, an 1883, p. 323 et sv. ; — comp. Tanon, *op. cit.*, p. 32-33 ; — Korkounov, *op. cit.*, p. 179-180.

12. Ainsi on doit distinguer deux époques différentes dans la formation du droit, et non pas une seule, comme le pense l'école historique : la première qui comprend toute « l'origine inconsciente et matérielle » du droit correspond, dans le développement historique des peuples, à une absence totale de l'idée d'utilité générale ; c'est cette époque que Jhéring appelle la matérialité de l'ancien droit romain : « les lois et les idées d'une époque barbare rappellent les hommes qui en sont les contemporains, êtres incultes et grossiers n'ayant d'yeux que pour ce qu'ils peuvent saisir avec la main... Tangibles, extérieures, sensibles, visibles, telles sont les notions du droit ancien. Partant, la forme extérieure prédomine sur l'idée ; les résultats extérieurs, les objets visibles du droit sont seuls pris en considération.

« Prenons, par exemple, les délits privés du droit ancien, et le vol d'abord. La circonstance purement extérieure que le voleur est pris sur le fait ou ne l'est pas (*furtum manifestum et nec manifestum*), circonstance qui dépend entièrement du hasard, et reste sans influence aucune pour l'appréciation de l'intention punissable, contient une distinction essentielle quant à la répression de ce délit. Le *fur manifestus* est assigné comme esclave au volé : le *fur nec manifestus* se rachète au moyen du paiement du *duplum*. Dans l'un et l'autre cas, c'est du volé, de celui qui est atteint extérieurement par le vol, que dépend l'accomplissement

de la peine. L'Etat aussi est lésé, car le vol trouble l'ordre juridique dont l'Etat a la garde : mais cette considération est trop élevée pour la conception matérielle de l'époque ancienne, car ce trouble ne se *voit* pas (1). » L'on peut dire que, à cette époque « le fait engendre le droit ». C'est à cette époque, seulement que la coutume naît d'une manière inconsciente, et le droit se forme sans aucune lutte, ou plutôt sous la forme d'une lutte inconsciente.

Mais, quand l'esprit utilitariste poussé par la conscience du droit s'est assez développé, toute transformation dans la masse sociale amène avec elle une contradiction entre le droit, représentant l'équilibre social ancien, et le nouveau qui veut s'établir. C'est alors que la *lutte pour le droit* s'engage (la Révolution française de 1789 n'en est que l'exemple le plus évident) : pour changer le droit ancien dont l'irréalité est devenue consciente, une lutte s'engage entre l'esprit conservateur du droit et le besoin de réalisation effective de l'équilibre par le droit nouveau. C'est de cette manière que le droit se forme, par une lutte entre les intérêts en présence.

La lutte pour le droit a fait l'objet d'une petite brochure de Jhéring (2), et c'est lui qui a émis d'abord l'idée d'une lutte dans la formation du droit. Mais,

(1) Jhéring, *Esprit du dr. romain*, t. III, p. 112 et sv. ; — comp. C. O. Bunge, *Le Droit c'est la force*, p. 208 et sv.

(2) Jhéring, *La lutte pour Le droit*, 1887.

admettant l'idée de lutte dans sa forme généralisée, il est amené à ne pas faire la distinction entre les deux formes, dont nous venons de parler, de lutte inconsciente et de lutte consciente.

13. Après tout ce que nous venons de dire, tant sur l'idée de droit naturel et l'interprétation stricte que sur le développement de l'école historique et ses critiques, une conclusion s'impose : le droit, en tant que science sociale, se trouve dans une formation continuelle ; croire pouvoir immobiliser le droit, c'est une tentative vaine et qui va à l'encontre de la nature même des choses ; en tant que produit de l'histoire, et produit, à l'époque moderne, de la lutte consciente entre les intérêts, il doit suivre la transformation qui s'opère dans la conception de la valorification subjective de ces intérêts dans ses courants généraux. Dans le droit privé une loi se présente sous une des deux formes suivantes : 1° tantôt le législateur, par les moyens de la technique (ind. au chap. I), découvre dans le mouvement social non clarifié, ou dans les normes juridiques qui existent sous forme latente, des principes déjà existants ; alors « il ne prétend pas créer, mais seulement révéler le droit » (1). C'est sous cette forme que se présentent les législations les plus anciennes, comme la loi des XII Tables et la rédaction des coutumes des races germaniques (Volks-

(1) Lambert, *op. cit.*, p. 104.

rechte)(1); — 2° tantôt le législateur intervient pour corriger le système ancien, le mettre en harmonie avec le mouvement réel, l'adapter aux besoins nouveaux d'ordre économique et social pour rétablir ou maintenir la possibilité de l'existence de l'équilibre; et, malgré le terme d'« élément politique » de M. Lambert (2), le rôle du législateur reste quand même un rôle technique, en tant qu'il ne fait que mettre en concordance l'esprit conservateur du droit avec l'évolution sociale, — et cette concordance accomplie, soit par des constructions sur des bases nouvelles, soit par l'adaptation des anciennes aux courants nouveaux, n'est qu'œuvre de technique : la création du législateur dans ce second sens est l'application de la cause efficiente, du but qui guide toute législation, et le but est par son essence élément technique dans la construction juridique. Le rôle qu'on assigne à la *politique législative* de révéler le « devoir

(1) Esmain, *Cours élémentaire d'histoire du dr. fr.*, 1895, p. 71 et sv., 101 et sv.; — Brissaud, *Manuel d'histoire du dr. fr.*, p. 76 et sv.; — Viollet, *Histoire du dr. civ. fr.*, 1893, p. 91 et sv.; — Salvioi; *Manuale d'istoria del diritto italiano*, 3^e éd., Turin, 1899, p. 36; — Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I, p. 4. Sur la conception de constatation du droit par la rédaction de la coutume av. *Coutume de Beauvoisis*, éd. Salmon, XLIX, n° 1510-1515.

(2) M. Lambert fait la distinction entre les deux rôles du législateur : le premier a comme fondement l'élément politique : *op. cit.*, p. 106; dans le même sens Meyer : *Ueber Codification, Rechtswissenschaft und Rechtsstudium der Zukunft* (dans *Zeitschrift für verg. R. w.*, 1887, VII, p. 88, cité d'après Lambert).

social », selon l'expression de M. Saleilles (1), n'est que l'affirmation de ce que nous venons de dire.

14. Qu'on considère la loi dans un sens ou dans un autre, sous une forme ou sous une autre, tout principe préconisé par elle ne restera pas comme une « pierre immuable » au milieu du courant social ; la loi ne règle pas d'une manière « entière et définitive » l'équilibre social, elle n'est que l'image de ce qu'il était à un moment donné du temps. Quant à la codification, elle ne peut pas arrêter l'évolution du droit : « Il y a sûrement une différence entre le droit coutumier et le droit codifié ; mais cette différence ne tient pas à la plasticité du premier opposée à la fixité du second. L'évolution du droit est un phénomène universel dont les conditions et les caractères varient seulement suivant qu'elle se produit sous un régime de codification ou en dehors de la codification. Dans l'un et l'autre cas.... le juge ne borne pas son rôle à celui d'un pur interprète : il participe réellement à la confection de la loi civile » (2). Et quant à toute modification imposée par le mouvement social aux lois codifiées, on peut dire, avec M. Tarde : « Un Code peut être considéré comme la conclusion, plus ou moins bien tirée, d'un gigantesque syllogisme pratique, dont la *majeure* est fournie par l'état des aspirations, des passions, des appétits dans une société don-

(1) Saleilles, *Conception et objets de la science du droit comp.* (*Bul. de la Soc. de législation comp.*, 1900, p. 387).

(2) Bartin, *Etude sur le régime dotal*, 1892, p. 5 (introduction).

née, et la *mineure*, par l'état des connaissances, des croyances, des idées. Donc toute entreprise, toute innovation, toute invention, qui tend à modifier la majeure ou la mineure, doit avoir son contre-coup législatif » (1). Quant à l'interprétation, « la loi (sous forme codifiée ou non) est un instrument de réglementation sociale ; elle doit s'interpréter de la manière la plus conforme au bon fonctionnement créé par le législateur » (2).

C'est sous les auspices de ces idées que se forment les nouveaux systèmes juridiques contemporains sur la conception de la loi, de la coutume, de l'interprétation et de l'adaptation de la loi par la jurisprudence.

*
+ +

SECTION III

LES ÉCOLES NOUVELLES

15. De tous temps, il a existé une différence entre l'œuvre des juristes, représentant la doctrine juridique, l'œuvre de la loi, préconisant l'esprit conservateur du droit, et celle de la jurisprudence et de la coutume, s'ap-

(1) G. Tarde, *Les transformations du droit*, 1893, p. 197 ; — comp. Alvarez, *op. cit.*, p. 167 ; — Vander Eycken, *op. cit.*, p. 6 et 10.

(2) Saleilles, *Déclaration de volonté*, art. 133, n° 43, p. 214.

puyant directement sur la vie pratique, comme un grand moyen de réfection, de vivification et d'adaptation du droit; leur séparation et leur différence portent plutôt sur la nature de leur but.

Le juriste, tant de fois poussé par l'esprit d'unité, inhérent à toute connaissance humaine, étudiant les règles juridiques, soit sous la forme de conceptions subjectives, soit sous celle d'objectivation par les lois, a cherché surtout à dégager des principes généraux, en formant des catégories abstraites, en dehors de toute réalité; c'était là le défaut de l'école philosophique; ou bien, il a voulu systématiser le droit d'après certaines catégories fixées par la loi. L'une et l'autre manière péchaient par leur manque total de réalité.

La loi n'est que la fixation de la conscience sociale par la force organisée, à un moment donné du temps, de la possibilité d'un équilibre entre les intérêts. Mais, tôt ou tard, par la force des choses, par l'évolution sociale incessante, l'équilibre qu'elle établit ne correspond plus à la réalité, et c'est alors, qu'à côté d'elle, la jurisprudence travaille à cette grande œuvre d'adaptation continuelle de la loi aux besoins nouveaux: à ce point de vue, interprétation de la loi veut dire adaptation (1), et c'est en ce sens qu'elle est une œuvre de vivification du droit, en tant qu'elle rend à la lettre morte de la loi

(1) Lambert, *op. cit.*, p. 821; — Démogue, *op. cit.*, p. 221.

« le souffle qui l'anime », et comme « son âme elle-même » (1).

Conception nouvelle de la loi, conception nouvelle de l'interprétation, toutes les deux ont eu, depuis un vingtaine d'années en France, pour résultat la rénovation des études juridiques doctrinales : constitution du droit par la loi et formation nouvelle par la jurisprudence, ne doivent présenter dans la doctrine que « deux aspects du même phénomène social », l'effort continuuel de réaliser un idéal : « le juste objectif » (2). Dire avec M. Saleilles, qui définit de la manière suivante l'interprétation : « La science positive de l'application de la loi conformément à son but initial, en vue de son adaptation aux nécessités du présent, et sous la garantie d'une orientation générale des relations collectives de l'avenir, mais à la double condition de l'envisager dans ses rapports avec l'unité du système juridique et dans ses rapports avec l'ensemble de la vie sociale du pays » (3), c'est, peut-être, envisager dans une seule phrase toute la tendance actuelle des conceptions du droit.

16. Sous l'influence des théories de Savigny d'abord et de Jhering ensuite, en Allemagne; sous celle du développement des études des sciences de la nature, influence qui fait naître l'école anthropologique crimi-

(1) Saleilles, *Déclaration de volonté*, art. 138, n° 81, p. 289.

(2) Gény, *Procédés d'élaboration du Droit civil (Méthodes juridiques)*, p. 178).

(3) Cité d'après Alvarez, *op. cit.*, p. 101-102.

nelle, en Italie; sous celle de l'économie politique en France et en Italie (1), les institutions juridiques commencent à apparaître sous une lumière nouvelle. Le cours de Bufnoir (2), dont une partie a été ensuite publiée sous le titre : *Propriété et Contrat*, n'est que la première manifestation de ce courant. On commence à sentir bien la discordance qui existait entre « l'Arche sainte » du Code, intangible jusqu'alors par la doctrine, et la poussée de la vie sociale qui se manifestait dans la jurisprudence; on commence à comprendre que « la science ne peut avoir raison de la complexité que par l'analyse; et c'est une leçon d'analyse qu'il nous donne »; que sa matière est « comme un tissu étudié au microscope par l'histologiste ». Après lui, le mouvement est donné, et les annotations de plus en plus nombreuses dans les recueils de jurisprudence ne font qu'accentuer l'essor du courant nouveau. Que ce soit dans l'unification de la doctrine avec la jurisprudence, que ce soit dans un système de constructions réelles, ou bien dans un élargissement du pouvoir du juge d'interpréter la loi d'après la conscience collective du pays, ou encore, s'inspirer avec une méthode strictement scientifique des exigences sociales, en se guidant sur les « données premières de la raison et de la conscience », toutes les

(1) A. v. la bibliographie sommaire en Alvarez, *op. cit.*, p. 97.

(2) A. v. sur les systèmes d'interprétation de Bufnoir; Charmont et Chausse, *Les Interprètes du Code civ.* (Livre du Centenaire, t. I, p. 168 et suiv.).

conceptions contemporaines se fondent sur le même besoin d'aider la mobilité des formules du droit pour mieux les faire s'adapter aux besoins nouveaux.

§ 1. — *L'Ecole jurisprudentielle*

17. La codification ne peut pas arrêter la marche évolutive du droit : le droit c'est la vie même, et nulle entrave ne peut empêcher l'essor transformateur de la vie : voilà le point qui sert de base à tous les systèmes actuels. Le droit objectivé dans une formule peut garder une certaine rigidité et opposabilité à la transformation ; celle-ci se produira indirectement dans son esprit et sera opérée par la jurisprudence. Mêlée par son rôle à tous les problèmes de la vie pratique, la jurisprudence est forcée de plier les règles légales aux sinuosités de l'évolution et, bien souvent, de rechercher l'esprit de la loi, non pas tant dans la vraie pensée du législateur, que dans celle qu'il aurait eue, si la même règle avait dû avoir un sens pour lui dans le moment où elle est appliquée. C'est à ce point de vue là que la jurisprudence a une œuvre créatrice à accomplir. Chercher alors l'esprit d'une loi n'est plus seulement chercher le courant qui l'a créée, mais aussi le courant qui l'applique.

C'est pour répondre à cette tendance de conciliation entre l'esprit ancien des lois et l'esprit nouveau qui

doit s'en dégager, que les notes de jurisprudence sont devenues de plus en plus nombreuses. Abandonner les discussions stériles de la pure doctrine et des textes législatifs, pour chercher à dégager le nouveau droit des critiques de la jurisprudence, a été le commencement du grand courant de l'école jurisprudentielle, dont le promoteur a été M. Labbé. Sa grande vogue n'est peut-être, comme le dit M. Lambert, que « l'affirmation d'un désir des civilistes de revenir à l'observation des faits juridiques ». Quand les annotations jurisprudentielles sont devenues de plus en plus nombreuses, le courant se manifeste sous une autre forme un peu plus scientifique : celle des monographies de jurisprudence. Faut-il considérer alors qu'à côté de la loi se forme un droit nouveau, qu'une discordance insurmontable s'est produite entre les principes du Code et le développement postérieur de la jurisprudence ? Voilà la question qui s'est posée devant la doctrine et qui forme l'élément d'un des systèmes actuels de la doctrine. Quelle est la mesure de la conciliation entre les principes du code et la marche de la jurisprudence, et, si la conciliation est possible, en quoi consiste-t-elle ?

Telle est la question qui se pose dans l'école jurisprudentielle de M. Bartin (1) et qui indirectement, quoi que

(1) Bartin, *Etudes sur le régime dotal* (*Travaux et Mémoires des Facultés de Lille*, t. II, Mémoire 7, Introd. ; — *Etudes de Droit international privé*, 1899.

ne se ralliant pas toujours à son opinion, a fait l'objet incident ou principal dans la pensée de beaucoup d'autres juristes (1).

18. La jurisprudence ne forme pas un droit inconci-

(1) Sur ce mouvement a. v. Saleilles, *Revue intern. de l'Enseign.*, 1890, t. XIX, p. 482 et suiv. ; 1891, t. XXII, p. 39 et suiv., — *Préface* à M. Gény ; — Planiol, *Droit civil*, t. 1, 1908, p. ix et x, p. 5 et 39. ; — *Nouvelle revue historique de droit*, 1900, p. 268-272 ; — Souchon, *Rev. intern. de l'Enseign.*, 1898, t. XXXV, p. 415-416 ; — Percerou, *A propos d'un nouveau livre sur la « Méthode d'interprétation et les sources en droit privé positif »* (*Ann. de dr. com.*, 1900, p. 152-153) ; — Lambert, *Fonction du droit civil comparé*, p. 29 ; — *Du contrat en faveur des tiers*, 1893, préface, i-x ; — *De l'exhérédation et des legs au profit des héritiers présomptifs*, 1895, avant-propos, p. xvi ; — Eismein, *la Jurisprudence et la doctrine* (*Rev. Trim. de dr. civil*, 1902, p. 5-19 ; — Wahl, *Revue trim. de Droit civil*, 1902, p. 4-19 ; — Langlois, *Essai sur le pouvoir prétoire de la jurisprudence*, thèse Caen, 1897, notamment la conclusion p. 201-220. — Mornet, *Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile*, thèse Paris, 1904, p. 177-178 ; — Sauzay, *Essai sur les procédés d'élaboration du droit par la jurisprudence*, thèse Paris, 1904, surtout p. 31 et suiv., 42 et suiv., 105 et suiv. ; — Vallette, *Du rôle de la coutume*, thèse Lyon, 1908, p. 88 et suiv. — *Addé* : Gény, *la Notion de droit positif à la veille du XX^e siècle* (*Rev. intern. de l'Enseign.*, t. XLI, 1901, p. 30). — Ed. Meynial, *Les recueils d'arrêts et les arrêtistes* (*Livre du Centenaire*, t. 1, p. 175 et suiv.). — Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, n^o 147, 148, 149 ; pp. 426 et suiv., 432 et suiv. ; *Compte rendu* signé L. B. du *Traité des obligations* de MM. Hudelot et Metman (*La loi*, jeudi 20 mai 1897, p. 455). Pour l'histoire du rôle de la jurisprudence dans l'ancien droit, av. E.-H. Perreau, *Du rôle de l'habitude dans la formation du droit privé* (*Rev. trim.*, 1911, p. 281-291) ; pour le droit moderne, Labbé, *Note au Sirey*, 1893, I, 66 ; — En Italie : cette école est depuis longtemps proclamée en Italie : Vadala Papale, *La Jurisprudence dans l'enseignement et dans les études du droit civil*, Messina, 1882.

liable avec celui préconisé par le Code civil, la doctrine ne se partagera pas en deux branches, telles que les *libri ad Sabinum* et les *libri ad edictum*, ou comme le *commun law* et l'*equity*, comme le pense M. Lambert, mais la loi restera quand même le principe d'après lequel va se guider toujours la jurisprudence ; les règles légales sont « les blocs de pierre, enfoncés profondément dans le sol, de distance en distance, les saillants de l'édifice à venir sur lesquels doivent s'appuyer ses murs, quelle que soit la direction qu'on leur donne dans les intervalles (1) ». L'étude doctrinale ne sera plus l'étude de la loi dans ses textes, mais l'étude de chaque institution dans son évolution réelle : sur les principes admis par la loi en tant qu'ils ne sont que « des injonctions précises du législateur sur les points qu'il considérerait comme essentiels », on moule des formes nouvelles, sans s'attaquer aux éléments essentiels mêmes ; ils sont les traits généraux de la physionomie de chaque institution, et c'est seulement en ce sens et en cette qualité qu'ils sont imposés à l'interprète. Mais, en dehors de ces principes essentiels, de ces « blocs de pierre » intangibles, il reste tout le champ largement ouvert à l'interprétation, et, à ce point de vue, le juge reste maître de dégager l'esprit de l'institution adéquate à chaque époque, et l'interprétation peut être créatrice.

(1) Bartin, *Etudes sur le régime dotal*, p. iv ; — Esmein, *art. cit.* (*Rev. trim.*, p. 12).

19. La conciliation entre la doctrine et la jurisprudence s'en suit comme une conséquence nécessaire : la loi pose les principes, la jurisprudence les adapte, la doctrine les unifie par les moyens critiques.

Mais c'est ici le défaut de l'école jurisprudentielle : faire systématisation de conceptions juridiques, faire œuvre de doctrine, ce n'est pas seulement indiquer le chemin parcouru, c'est encore guider dans la route à prendre pour de nouvelles contrées ; analyser ce qui a été fait n'est pas le seul but de la doctrine, mais indiquer les moyens de création, — et en ce sens-là, la critique que M. Saleilles adressait à l'école historique peut tout aussi bien s'appliquer à l'école jurisprudentielle(1). La jurisprudence, par son contact direct avec la vie pratique, malgré l'esprit conservateur que M. Lambert lui prête (2) peut-être à tort, par ses besoins d'adaptation continuelle, ne peut qu'indiquer des directions, bien souvent discordantes, du courant ; mais construire le courant même pour orienter l'étude générale du droit dans son ensemble est l'œuvre essentielle de la doctrine, et l'école jurisprudentielle n'indique que seulement une partie des moyens (bien généraux, ceux-là aussi) pour y arriver. Peut-être est-ce à cause de sa formation trop récente comme école distincte. D'ailleurs, M. Bartin paraissait s'en apercevoir à son cours

(1) Av. le passage déjà cité à la page 72.

(2) Lambert, *Fonction du droit civil comparé*, p. 810

quand, cherchant la conciliation à faire entre l'article 299 (mod. L., 27 juillet 1884) et l'article 959 du Code civil, il introduisait l'idée de but dans chacun des deux articles pour guider la solution à prendre. D'autre part, la jurisprudence, encore éprise de l'ancien respect pour la loi écrite, veut bien souvent garder au moins l'apparence de se trouver dans les limites de la loi, et voulant innover quand même, en tant qu'elle est forcée par la pratique, elle prend à chaque instant des chemins tortueux pour arriver à un résultat novateur ; et la doctrine, s'y appliquant pour y retrouver la voie du raisonnement du juge, se livre à peu près toujours à des exercices bien difficiles et bien hasardeux de dialectique. Mais, quoi qu'on dise, n'importe quelle critique de technique générale qu'on lui fasse, l'école jurisprudentielle reste quand même peut-être celle qui offre le meilleur moyen et le plus sûr de pouvoir surprendre, dans sa réalité même, la vie pratique ; elle n'est pas encore œuvre de science juridique jusqu'à présent, mais son organisation systématique, en se laissant influencer par les autres courants, pourra lui offrir le moyen de le devenir.

§ 2. — *Le système de M. Lambert*

20. Un peu plus avancé que le précédent, en tant qu'il tend un peu plus vers l'idée d'une unité systéma-

tique, et par là plus scientifique, car toute science n'est qu'un ensemble de notions systématisées d'après leur enchainement de dépendances mutuelles, apparait le système de M. Lambert (1).

Le droit, dans sa transformation, n'est pas œuvre pure de la jurisprudence, celle-ci n'est que l'agent intermédiaire, qui intervient entre l'usage et la loi : elle ne fait que généraliser les usages par son application, bien souvent arrêtée sur certains points, et par là offrir une matière sûre aux législateurs et aux juristes (2). (Nous n'entrerons pas ici dans sa théorie de la coutume ; elle sera étudiée à propos de la théorie de M. Gényn, tout en faisant la critique de celle-ci.) Mais, en dehors de la vie juridique proprement dite, le juriste a deux moyens de connaître les causes, qui peuvent et doivent exercer une influence sur la transformation du droit et son adaptation : l'économie politique et sociale et le droit civil comparé.

21. Si les sciences à proprement parler sociologiques ne sont pas encore arrivées à une formation assurée et certaine, les documents qu'elles possèdent peuvent

(1) Lambert, *Une réforme nécessaire des études du droit civ.* (*Rev. intern. de l'Enseign.*, t. XL, p. 216 et suiv.) ; — *Fonction du droit civ. comparé*, voy. p. 40-45, 102-103, 894-926, surtout p. 903, 907, 913, 916. — *Adde* : *ibid.*, p. 157, 821, 877 (n. 4), 878. — Par le même, les *op. cit.*, p. 5, n. 2, comp. Thaller : *la Méthode du droit commercial* (*Méthodes juridiques*, p. 146) ; — J. Cruet, *La Vie du droit*, p. 82.

(2) Lambert, *Fonctions du droit civ. comparé*, p. 802-803.

quand même servir aux juristes « pour connaître exactement les aspirations d'un des groupes des intéressés entre lesquels s'établit la lutte pour le droit » (1), et par là soupçonner d'avance les graves problèmes juridiques qui vont naître. C'est peut-être dans un avenir non pas trop lointain, et qui commence déjà à se dessiner, dans les sciences sociales, que va se trouver le plus sûr moyen de créer dans le droit. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence, qui se trouve plus près des luttes sociales, n'en est que d'autant plus influencée. Nous espérons prendre de nombreux exemples et, pour l'instant, citons l'évolution accomplie par elle au sujet de l'article 1382 du Code civil, avant la loi du 7 avril 1898 sur les accidents de travail : c'est ici le rôle de ce que M. Lambert appelle « la politique juridique » (2).

22. Quant à l'influence du droit civil comparé, qu'il nous soit permis de faire une petite digression. Le but des études de législation civile comparée n'est pas encore bien défini :

I. Pour les uns, elles n'ont qu'une pure valeur scientifique pour la formation de l'esprit juridique : on peut citer M. Tarde (3).

II. Pour d'autres, elles pourraient servir « à vivifier et à moderniser » l'étude du droit privé d'un pays.

(1) Lambert, *op. cit.*, p. 877, n. 4, et les pages suiv.

(2) *Ibid.*, p. 821, 878.

(3) Tarde, *Le Droit comparé et la sociologie* (*Bull. de la Société de Législ. comp.*, 1900, p. 529-537).

Ainsi : *a)* pour M. Roguin, le droit comparé servira, par le rapprochement des institutions des divers pays, à mieux comprendre les solutions données et à mieux soupçonner celles à donner (1) ; *b)* pour M. Saleilles, il faut distinguer : 1° comme science principale, les études de droit comparé servent à mieux dégager le caractère de chaque institution, à mieux découvrir les causes de ses transformations, et, par là, à pouvoir soupçonner l'idéal relatif de chaque institution ; 2° comme auxiliaire du droit national de chaque pays, elles aident le développement du droit national en lui procurant, comme moyens techniques, l'expérience des moyens employés par les autres pays dans chaque institution séparément (2).

III. Pour M. Lambert, le droit comparé a pour but essentiel de créer un droit commun législatif (3), et comme but secondaire, de réagir sur le droit national, soit par voie doctrinale, soit par voie jurisprudentielle (4).

Quel que soit le système auquel on se rattache, un seul point doit rester acquis : l'étude de la législation

(1) Roguin, *Traité de droit civil comparé*, Paris, 1904, préface.

(2) Saleilles, *Conception et objet de la science du droit comparé* (*Bulletin de la Société de législation comparée*, 1900, p. 383-405).

(3) Lambert, *op. cit.* (*Revue intern. de l'Enseign.*, 1900, t. XL, p. 238-243 ; — comp. Génv, *la Notion de droit positif à la veille du XX^e siècle* (*Rev. intern. de l'Enseign.*, t. xli, p. 30.)

(4) *Fonction du droit civil comparé*, p. 49-50 et *passim*, p. 40-45.

comparée, par une connaissance plus profonde des causes qui ont influencé la transformation du droit dans divers pays, jette une lumière nouvelle, plus claire encore, dans l'esprit du juge pour l'interprétation des lois actuelles, et montre plus facilement les voies de la création juridique. Par l'influence des usages, des faits économiques ou sociaux, ou de l'étude du droit civil comparé, il peut arriver que les conclusions de la doctrine dorénavant strictement liées à eux soient transformées en lois : « Dans ce cas, la règle juridique ne doit pas sa force obligatoire à la science qui l'a découverte, mais seulement à la source du droit par laquelle elle a été consacrée. *La science n'est jamais par elle-même une source de droit* (1). »

23. Quant à la doctrine et l'interprétation jugée en elles-mêmes et en leurs moyens d'étude, M. Lambert croit que le seul moyen efficace pour arriver à une interprétation juste, et à une conciliation réelle, entre l'immobilité de la loi et l'évolution de la jurisprudence, est celui des constructions juridiques.

M. Thaller qui, récemment, semble se rattacher au système de M. Lambert, indique dans les termes suivants le but de la construction juridique : « Elle va servir d'un pont jeté entre l'observation et la scolastique, rapprocher les deux méthodes, l'ancienne et la nouvelle, et donner un corps juridique à l'institution prise

(1) *Ibid.*, p. 157.

en sa fonction humaine et sociale, de façon à rendre ses applications pratiques mieux saisissables », ou bien « chaque institution exige un effort de synthèse, que le devoir de l'homme est de ramener à une figure d'ensemble, résumant ses services et le but auquel la dite institution répond, puis de classer cette figure parmi les catégories déjà établies, ou, s'il le faut, instituer pour elle une catégorie nouvelle. Et c'est en cela que consiste l'art de construction, et toute entreprise, qui s'abstient d'y recourir, laisse l'édifice qu'elle élève, entièrement découronné (1). »

Mais, si la construction juridique est le meilleur moyen pour arriver à une étude synthétique du droit, il n'y a rien de plus périlleux pour la science juridique, qu'elle. La dogmatique juridique allemande, ses constructions imbues d'une métaphysique saillante, et leur résultat, bien souvent scolastique, n'en sont que la preuve la plus certaine ; les paroles de M. Luzzatti, dans le dernier Congrès des Sciences à Padoue, qui traite la métaphysique allemande de « véritable cimetière de doctrines, dont une pieuse bibliographie dénombre les croix », ne sont peut-être que la critique la

(1) Thaller, *La Méthode du droit commercial (Méthodes juridiques, p. 146).*

(2) Av. critique des constructions juridiques : Vander Eycken, *op. cit.*, p. 263 et suiv. ; — Gény, *op. cit.*, p. 115-119, 172 et suiv., 473 et suiv. ; — Meynial, *Nouvelle revue historique*, 1901, p. 384 ; — Esmein, *la Jurisprudence et la doctrine (Rev. trim. de droit civil, 1902, p. 15).*

plus juste qu'on peut faire à la dogmatique juridique allemande.

C'est en s'apercevant de la possibilité de ce résultat fâcheux que M. Lambert veut placer la base de toute construction juridique dans la loi, regardée sous ses deux aspects : doctrine et jurisprudence : M. Thaller plus près de la dogmatique, M. Lambert plus près de la réalité jurisprudentielle, — la différence entre leurs deux systèmes n'en est qu'une, de force plus ou moins grande, qu'ils donnent à la jurisprudence. D'ailleurs M. Lambert lui-même, — à tort, croyons-nous, — ne met qu'une confiance un peu douteuse dans l'œuvre de vivification de la jurisprudence (1) et considère qu'il serait désirable de restreindre le pouvoir interprétatif du juge, en donnant comme le meilleur moyen de rénovation du droit « les retouches législatives » incessantes.

Les deux systèmes cités jusqu'à présent se rencontrent sur un point : le rôle de plus en plus grand de la jurisprudence. Mais l'un et l'autre considèrent la loi comme « le bloc de pierre » intangible dans ses principes essentiels tant qu'il n'est pas modifié par une autre loi. Plus près encore de la vraie réalité du mouvement juridique sont les deux autres systèmes qui vont suivre : la loi une fois créée commence à vivre sa vie propre et les transformations du milieu social ne

(1) Lamhert, *op. cit.*, p. 810, comp. p. 809.

tournent pas autour de ces principes sans en toucher leur sens. La loi se modifie bien souvent dans son essence même.

§ 3. — *Le système de M. Génv*

24. Esprit critique, plutôt qu'esprit constructif, M. Génv, dans son système d'interprétation, se faisant l'écho de toutes les critiques qu'on a apportées et qu'on apporte aux anciennes conceptions, nous fournit, dans son si beau livre : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, qui a eu un « retentissement mérité », la meilleure preuve, quoiqu'il ne voudrait pas trop la donner, de la séparation arrêtée entre l'école ancienne et les écoles nouvelles. Le système, pris dans son ensemble, marque une étape dans l'évolution de la science juridique, et son plus grand mérite est peut-être d'avoir bien fixé le point où s'arrête le chemin parcouru et celui où commence le nouveau (1). Sous l'influence des sciences sociales et des données nouvelles de la Sociologie, M. Génv, considérant, que toute création qui se produit dans un ensemble est le résultat de cet ensemble, que tout fait est la conséquence du milieu qui l'a produit, et que, par suite, sa nature spécifique doit s'en ressentir ; que toute création juri-

(1) Lambert, *op. cit.*, p. 116 ; — *Réforme des études de droit civ.*, (*Rev. intern. de l'enseign.*, 1900, t. XL, *passim*, p. 230 et suiv.).

dique, qu'elle soit le produit du législateur, du juriste, ou du peuple, dans son ensemble, est la quintessence d'un certain nombre de faits sociaux, qui se sont imposés par leur nécessité (1), que par conséquent dans la loi on ne doit plus chercher à découvrir l'intention du législateur envisagée indépendamment de ses origines réelles, mais qu'il faudra la découvrir dans l'ensemble des circonstances qui l'ont produite, — arrive à la conclusion, qui forme la base de son livre, que le grand défaut de la méthode traditionnelle n'est pas la croyance en l'immutabilité de la loi, mais celle de considérer comme unique source juridique la loi, et par là d'attribuer une part exagérée à l'élément légal (2).

Il dit que toute la question est une question de méthode, que cette méthode « n'est pas à créer », mais qu'elle « existe, elle agit, elle a fait ses preuves (3) ». D'autre part, sous l'influence, croyons-nous, de Schlossman (2), considérant que « la seule raison d'être du droit et de réaliser l'idée de justice (3), que c'est le sentiment du juste objectif, qui doit guider toute interprétation d'une création juridique (4), il démon-

(1) Av. en ce même sens Van der Eyken, *op. cit.*, p. 59 et suiv.

(2) Lambert, *op. cit.*, p. 30 ; — Alvarez, *op. cit.*, p. 103.

(3) Gény, *op. cit.*, p. 7.

(4) Schlossman, *Der Vertrag, passim*, p. 193 et suiv., 182-270 ; — av. pour les idées de Schlossman : Dereux, *Interprétation des actes juridiques privés*, p. 342 et suiv.

(5) Schlossman, *op. cit.*, p. 193.

(6) Schlossman, *op. cit.*, p. 169-271.

tre, comme unique but de la recherche scientifique, la découverte de la *nature des choses positives*, représentée « par l'ensemble des conditions qui forme comme l'atmosphère de la vie juridique extérieure » ; représentant les principes mêmes de la *justice en soi*, de la *pure justice*, ceux-ci garderont, « au milieu des variétés et des contingences de leur mise en œuvre, un caractère universel et immuable » (1).

Œuvre destructive de la méthode ancienne et œuvre constructive de nouvelles directions dans le droit, le système de M. Gény, nous le répétons, fait époque dans la science juridique ; il marque, comme dit M. Lambert, « le terme de la domination exclusive de l'école des interprètes du Code civil et le début d'une renaissance de l'esprit scientifique, d'un réveil du sens critique chez les civilistes Français » (2). Trop riche en conséquences pour la formation du nouveau courant dans le Droit, une analyse plus à fond de son œuvre s'impose. Partie critique et partie constructive sont bien différenciées dans son système, et si la première reste à peu près définitivement arrêtée, comme quelque chose de gagné par la science juridique, la seconde, peut-être trop neuve et trop élastique dans la pensée même de son auteur, se prête encore à des oscillations, qui, sans amoindrir sa valeur, la font pourtant varier dans l'une

(1) Gény, *op. cit.*, p. 132, 472, 481, 483, 485, 581.

(2) Lambert, *op. cit.*, p. 117.

des notes fondamentales ; si, pour l'instant, nous nous contentons à exposer le système dans son ensemble, les modifications qu'il pourrait subir, tout en les indiquant en passant, ressortiront de l'idée générale de notre travail.

Rôle de la construction juridique et l'abus qu'on en a fait ; conception de la loi ; rôle de la coutume sous le régime des codifications, et implicitement analyse du pouvoir créateur de la jurisprudence ; l'objet de la libre recherche scientifique, — son but, ses sources et ses moyens, — voilà les quatre parties les plus saillantes de l'œuvre de M. Gény, que nous allons analyser successivement.

25. Le grand héritage laissé par la théorie régaliennne, dans le domaine juridique, a été l'autorité de la loi, qui se perpétue après la Révolution (1). « L'égalité du citoyen, dit le tribun Garat, consiste à être soumis à la loi », (2) ce qui, d'une manière inverse, se traduit dans l'interprétation par ces paroles de Montesquieu : « Dans le gouvernement républicain, il est de la nature de la constitution, que les juges suivent la lettre de la loi » (3).

(1) Av. Maxime Leroy, *La Loi*, Paris, 1908, p. 38 et suiv., 78, 91, et suiv.

(2) Fenet, *op. cit.*, t. VI, p. 166 ; — Av. Rousseau (Jean-Jacques), *Contrat social*, II, I, XI.

(3) Montesquieu, *Esprit des lois*, VI, III, av. n° XI, 6 ; — J.-J. Rousseau, *op. cit.*, II, VI-VIII ; — Fenet, *op. cit.*, t. VI, p. 108 ; aussi le décret de 14-16 frimaire an II disait : Il est expressément

La loi est l'unique autorité qui doit s'imposer au citoyen et, par conséquent, elle « doit suffire à tout dans le domaine juridique » (1). La Société même, à cette époque, est dogmatique, et l'interprétation juridique n'est que l'application du dogme de la loi ; appliquer la loi, c'est construire à l'aide de ses principes, et de ses principes seulement (2). C'est ainsi que se produit l'apparition, dans l'interprétation juridique, de la construction purement doctrinale, qui, à défaut de formules légales précises, va remplacer la volonté du législateur (3), par une « considération exclusive de la loi ». Mais si recourir à la loi, sous le régime de la codifications est un devoir pour l'interprète ; si construire avec les principes indiqués par le code des hypothèses, qui ne sont pas tranchées par ses articles, lui est imposé par la loi elle-même (art. 4, C. civ.) ; « envisager, comme douées d'une réalité objective permanente, des conceptions idéales, provisoires et purement subjec-

défendu à toute autorité ou à tout fonctionnaire public de faire des proclamations ou de prendre des arrêts limitatifs ou contraires au sens *littéral des lois*, sous prétexte de l'interpréter ou d'y suppléer. »

(1) Génv, *op. cit.*, p. 72.

(2) « L'interpréter (la loi), c'est presque toujours la corrompre », avait dit Voltaire [*Diction. philosophique*, v. *Loi* (lois civiles et ecclésiastiques)] ; — av. dans le même sens, Savigny, t. I, p. 315, *Traité de droit romain* (Trad. Guénoux, 1840) ; — Comp. M. Leroy, *op. cit.*, p. 56 et suiv. ; — A. Lévi, *La Société et l'ordre juridique*, p. 310.

(3) Génv, *op. cit.*, p. 111.

tives de leur nature », faire consister tout le droit en un « nombre limité de catégories logiques », régies par des « dogmes inflexibles », constitue un abus (1). Qu'il le veuille ou non, le jurisconsulte, fondant son système d'interprétation sur des déductions tirées seulement des principes de la loi, fait œuvre purement subjective (2), et, comme telle, la douer d'une réalité objective, c'est se figurer que le réel existe dans la croyance (3) ; l'erreur contre laquelle n'a pas su se garder la dogmatique du droit a été d'objectiver « ses éléments idéaux » ; « subjectives par leur nature, nos constructions techniques ne peuvent, pas plus que celles des Romains, prétendre aux effets de l'objectivité » (4), et, en tant qu'échafau-

(1) *Ibid.*, p. 115, 119, 131, 172 ; — comp. Saleilles, *Individualisation de la peine*, 1898, p. 108-109 ; — *Ecole historique et droit naturel* (*Rev. trim.*, 1902, p. 89).

(2) Gény, *op. cit.*, p. 114, 115, 117, 124, 169, 150 ; — comp. J. Stuart-Mill, *Logique*, 1866, t. II, p. 320-321, 207 ; — Jhéring, *Esprit du droit romain* (trad. fr., 3^e édit., t. I, p. 43) ; Vander Eycken, *op. cit.*, p. 41 ; — Lambert, *Réforme des études du droit civil* (*Rev. intern. de l'enseign.*, 1900, t. II, p. 227), *op. cit.*, p. 31 ; — Bartin, *Etudes sur le régime dotal, introd.*, p. 3 et 4 ; — Alvarez, *op. cit.*, p. 103, 108 ; — Code civil suisse, *Exposé de motifs de l'avant-projet du département fédéral de justice et de police*, 1902, *Introd.*, *passim* ; — A. Boistel, *Le Code civil et la philosophie du droit* (*Livre du centenaire*, t. I, p. 52) ; — D'une manière générale, av. Abel Rey : *La philosophie moderne* : « L'objectif c'est l'ensemble des relations indépendantes de l'observateur » (p. 338) ; — Durkheim, *Règles de la Méthode sociologique*, 1907, p. 67 et suiv.

(3) Gény, *op. cit.*, p. 116-175 ; — comp. Tarde, *Les Transformations du droit*, p. 151.

(4) Gény, *op. cit.*, p. 165.

dages de constructions dressées *à priori*, leur valeur se réduit à celle des hypothèses dans la science (1) ; simples instruments de découverte, leur rôle est celui qu'une théorie nouvelle philosophique attribue aux idées forces (2). En ce sens, le péril de leur emploi est démontré par leur conception même, par l'isolement surtout qu'elles produisent entre la doctrine et la réalité des faits ; mais, en tant qu'elles garderont une liaison entre la systématisation théorique et la réalité objective, elles peuvent donner de la fécondité aux principes juridiques, et par conséquent être d'une utilité sérieuse dans l'application du droit aux faits (3). Il y a donc lieu de faire des réserves tant sur la conception de la construction juridique que sur son rôle vraiment restreint ; telle est la forme sous laquelle s'enchaînent les opinions de M. Gény sur cette question.

26. A considérer cette partie critique de la méthode traditionnelle de l'œuvre de M. Gény, il nous semblerait

(1) *Ibid.*, p. 131-132, 140, 467 ; — comp. F. Mallieux, *L'Exégèse des Codes*, p. 82 et suiv. ; — A.-J. Balfour, *Les Bases de la croyance* (trad. G. Arte), p. 252 ; — *Adde* : Sur la question générale de la découverte de la vérité par l'abstraction, av. H. Poincaré, *Valeur de la science*, 1908, p. 252, 257 ; — *La Science et l'hypothèse*, 1902, *passim* ; — Abel Rey, *op. cit.*, p. 335 ; — E. Mach, *La Connaissance et l'erreur* (trad. Dufour), 1908, p. 237 et suiv. ; — E. Naville, *La Logique de l'hypothèse*, 1880 ; — Th. Ribot, *Evolution des idées générales*, 1897, p. 219-220, 227-228, 249-252.

(2) Alfred Fouillée, *Psychologie des idées forces*, 1893 ; *Evolutionnisme des idées forces*, 2^e édit. ; *Morale des idées forces*, 1905.

(3) Gény, *op. cit.*, p. 466-467, avec les notes 4 et 1

entrevoir et soupçonner des horizons très larges, et rencontrer des directions vraiment nouvelles, tant pour la théorie générale de la loi, que pour l'interprétation juridique. Quoique soit bien loin de nous l'idée de croire amoindrir la valeur de son système (et non moins loin de nous est l'idée d'essayer même de le faire), nous avouons pourtant, et nous ne sommes pas le seul à le constater, qu'on rencontre une sorte de désillusion en face de la partie constructive : Sa méthode est à la fois « trop large et trop étroite », pour employer l'expression que nous avons trouvée dans une thèse récente de doctorat (1), expression qui nous semble caractériser d'une manière suggestive la contradiction entre la partie critique et la partie constructive.

En effet, à se conduire d'après la critique de la méthode traditionnelle, en tant que celle-ci aurait commis un abus des constructions juridiques, à cause de la croyance que le seul dogme qui doit s'imposer à l'interprète est la loi, et que, par conséquent, toute construction doit relever des principes de la loi et d'eux seulement, le résultat serait que, pour trouver une méthode d'interprétation qui puisse combler le défaut de la loi de ne pas pouvoir tout régler, il faudrait s'adresser

(1) J. Spassoietvitch, *L'analogie et l'interprétation* (thèse, Paris, 1911,) p. 41, avec Alvarez, *op. cit.*, p. 168 ; — Lambert, *op. cit.*, p. 31 et suiv.

d'une manière large à d'autres sources en dehors de celle-ci; d'autre part, à se conduire d'après la conception que M. Génv se trace de la loi, il semble qu'il faut appliquer la loi jusqu'au bout, sans déformation, ni correction, de façon à maintenir la fermeté indispensable à son effet» (1). La contradiction, quoique ne ressortissant pas des termes mêmes de son ouvrage, se dégage quand même de l'ensemble de ses idées.

27. Cette contradiction n'est que la conséquence du fondement qu'il donne à la loi, fondement qui, à juger d'après les idées courantes, apparaît comme une sorte de vieillerie (2) juridique par rapport au système entier. Sans nous arrêter pour l'instant à la critique définitive de cette conception, donnons-la telle qu'elle se trouve dans son ouvrage, avec quelques citations pour faciliter nos conclusions de plus tard : « La loi n'est autre chose qu'une *volonté* émanant d'un homme ou d'un groupe d'hommes et condensée en une formule », dit M. Génv, et de là cette conséquence : « interpréter la loi revient simplement à chercher le contenu de la *volonté* législa-

(1) Génv, *op. cit.*, p. 275 ; av. p. toute la conception de M. Génv : Lambert, *Réforme des études de droit civil (Revue intern. de l'enseign.)*, t. II, p. 230, 231).

(2) C'est l'idée que J.-J. Rousseau se faisait de la loi comme conséquence du contrat social : av. *Contrat social*, II, VI; — Hegel, *Philosophie des Rechts : Zusatz*, § 82.

tive à l'aide de la formule qui l'exprime » (1) : c'est dans le fondement de la volonté qu'on trouve la clé de tout le système de M. Génv, — système restrictif d'interprétation, quoiqu'il le présente sous une forme large. C'est par l'introduction de l'idée de volonté qu'on peut comprendre, mieux que par les motifs qu'il en apporte, la forte approbation qu'il donne aux idées de M. Boutmy sur la codification, considérée, par ce dernier, comme une « philosophie de la *volition créatrice* et du plan réfléchi se substituant à la philosophie de l'évolution

(1) Génv, *op. cit.*, p. 230 et 240 avec une bibliographie, très nombreuse, assez ancienne, et pas du tout convaincante; av. aussi p. 241, 232, 261-262. — *Contra* : av. M. Leroy, *op. cit.*, p. 240-257, surtout p. 247, 349; — Dercx, *Interprétation des actes juridiques privés*, p. 328; — Tarde, *Les transformations du droit*, *passim*, p. 116-121; — Schlossman, *Der Vertrag*, p. 88; — Sileilles, *Déclaration de volonté*, p. 5; — *Théorie générale de l'obligation*, 2^e éd., p. 371. — D'une manière incidente : Boistel, *Philosophie du droit*, t. I, p. 121, t. II, p. 165-175. D'ailleurs, M. Génv paraît revenir sur cette idée, d'abord aux pp. 217 et 225, sur l'adage « *cessante ratione legis, cessat lex ipsa* », et p. 543. A propos de l'abus du droit av. encore Génv, *Rev. trim.*, 1904, n^o 4, *passim*. L'article : *Risques et responsabilité*; — *Adde. contra* : av. Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, t. I, 1828, p. 145-146, t. II, 1837, p. 201; — Savigny, *Traité de droit romain*, t. I, 1840, p. 37-38, *passim*, p. 14-18; Bierling, *Zur Kritik der Juristischen Grundbegriffe*, t. I, 1877, p. 66-81 et suiv., t. II, 1883, p. 351-364; — *Juristischen Principienlehre*, t. II, 1898, p. 313 et suiv.; — P. Leroy-Beaulieu, *L'Etat moderne et ses fonctions*, 1890, p. 108-110, *passim*, 115-116; — *Traité théorique et pratique d'économie politique*, 1896, t. IV, 681-688; — Av. une bibliographie plus complète, Génv, *op. cit.*, p. 240-241.

par modifications partielles et successives » (1), et c'est par la même idée, croyons-nous, qu'on peut expliquer une citation de Laurent, qui, quoi qu'on dise, se trouve un peu dépaycée dans l'ensemble de la partie critique (2).

En effet, de ce que la loi n'est qu'une expression de volonté, et que toute volonté exprimée d'une manière certaine se suffit à elle-même, il suit que, toutes les fois que le texte est clair, que la solution est certaine, le juge n'aura d'autre guide pour l'interprétation que le texte seul (3); d'autre part, tous les procédés employés par l'interprétation ne doivent tendre qu'à découvrir « la volonté souveraine » du législateur : chercher donc l'esprit d'une loi, pour fixer la portée exacte d'un texte, ce n'est pas rechercher « ceux qu'il aurait décidé, si sa pensée s'était portée sur tel objet » (4), ni à plus forte raison ce « qu'il aurait dû rationnellement vouloir », mais simplement ce qu'il a voulu au moment de la confection de la loi (5).

(1) E. Boutmy, *Les Rapports et les limites des études juridiques et des études politiques* (*Rev. intern. de l'enseign.*, 1889, t. XVII, p. 222-223); — Génv, *op. cit.*, p. 50.

(2) Laurent, *Principes de droit civil : introd.*, n° 20, t. I, 1869, p. 42-43; — Génv, *op. cit.*, p. 51; — Adde : *ibid.*, p. 97 et suiv., avec les notes.

(3) Génv, *op. cit.*, p. 232.

(4) Génv, *op. cit.*, p. 261-262. Ce n'est pas en citant une jurisprudence en matière d'impôts qu'on peut prouver l'approbation par la jurisprudence (S., 99-1-196, col. 2).

(5) Génv, *op. cit.*, p. 234-236. Une atténuation assez forte peut être bien suggestive : p. 236-239; — av. Lambert, *Réforme des*

28. Le système est très logique dans son ensemble, et ce n'est pas à nous, dans un travail sur la technique juridique, dans ses traits généraux, à lui adresser des critiques; qu'il nous suffise pourtant de dire, en prenant la conclusion finale d'une objection qu'on pourrait formuler, que, du moment qu'on admet une évolution des principes juridiques, concomitante à l'évolution sociale (et M. Génv l'admet dans la totalité de son système), on arrive, malgré tous ses efforts, à rechercher même l'intention, que le législateur a eue ou a pu avoir au moment de la confection de la loi, par le prisme des idées régnantes au moment de son application (1) : objectiver dans le passé même la manière de raisonner, serait peut-être trop demander au juge, et c'est cette objectivation que M. Génv exige par la recherche de l'intention du législateur au moment de la confection de la loi, surtout en la remplaçant « dans le milieu où elle est née pour se rendre compte de la physionomie qu'a voulu lui donner le législateur » (2). Admettre l'opinion

études de droit civil (Rev. internationale de l'enseign., 1900, t. II, p. 230-231).

(1) Spassoievitch, *op cit.*, p. 142-143; — Ed. Picard, *Droit pur*, p. 155; — Vander Eycken, *op. cit.*, 250-251; — Saleilles, *Déclaration de volonté*, p. 214; — C.-O. Bunge, *Le droit c'est la force, passim*, p. 321 et sv.; — Discours de M. Ballot-Beaupre à l'occasion du centenaire du Code civil (*Journal des tribunaux*, 1904, col. 1135); — J. Cruet, *La Vie du Droit*, p. 62-79, note: Labbé sous S., 93-1-66.

(2) Av. Génv, *op. cit.*, p. 233; — en ce même sens comme conséquence de l'individualisme, comp. G. Morin, *Une conception*

de M. Gény, ce n'est peut-être qu'arriver par un chemin détourné au même dogme de l'immobilité de la loi (1), contre lequel lui-même avait lutté dans la partie critique, — se figurer que la loi peut arrêter l'évolution du droit, et en ce sens-là, ne pas rompre avec la conception traditionnelle. Qu'il le veuille ou non, qu'il l'ignore ou le discerne, l'interprète fera œuvre de créateur, tout en cherchant à donner à la loi la pensée de ses auteurs; interprétation législative ou interprétation judiciaire, pour prendre le problème dans sa généralité n'est que « la guerre tranquille des juristes contre les lois qui ne sont plus en équation avec l'époque » et demander à l'interprète la recherche d'un sens en faveur à une toute autre époque, — c'est implicitement lui demander à juger et à raisonner avec des arguments dont la valeur s'est effacée pour lui, c'est chercher à donner cours forcé à une monnaie qui n'a plus aucune valeur; en tant que, par la force des choses, cette possibilité est, sinon exclue, au moins d'une difficulté à peu près insurmontable, on arrive d'une manière incidente à la pensée des anciens interprètes qu'« interpréter une loi c'est toujours la corrompre » (2).

individualiste du droit (*Rev. trim.*, 1908, p. 519), et A. Schatz, *L'individualisme économique et social*, p. 429-472.

(1) Av. en ce sens, Lambert, *op. cit.*, p. 32 ; — Spassoievitch, *op. cit.*, p. 41, *passim*, 140-141 ; — Vander Eycken, *op. cit.*, p. 367.

(2) Av. Savigny, *Traité de droit romain*, t. I, p. 315 ; — Maxime Leroy, *op. cit.*, p. 54 et sv. ; — A. Lévi, *op. cit.*, p. 309-310.

29. Avec une telle conception de la loi, avec une telle restriction pour l'interprétation, on comprend aisément le rôle très restreint, que M. Géný accorde à la coutume sous le régime de la législation codifiée; la forme large sous laquelle il la présente a trompé certains auteurs (1) sur sa vraie pensée, quand, en réalité, quoique lui accordant un certain rôle, il garde comme conclusion arrêtée et maintes fois répétée, que la coutume ne peut ni « créer le droit en suppléant à la loi, ni abroger celle-ci en tout ou en partie » (2).

30. Avant l'œuvre de M. Géný les recherches tant sur le fondement de la coutume que sur son rôle sous le régime de la codification, n'avaient fait l'objet d'aucune étude approfondie. D'une manière incidente les auteurs s'étaient prononcés pour ou contre sa force créatrice. Ainsi, pour nous contenter d'une simple énumération, et faisant toutes les réserves pour ce qui concerne la matière commerciale, où l'équivalence de la loi et celle de la coutume a été maintes fois affirmée d'une manière générale, — nous constatons que, tandis que les premiers commentateurs du Code civil s'étaient montrés plutôt disposés à admettre la force de l'usage contraire à la loi (3), les plus récents, avec de légères

(1) Av. Vander Eycken, *op. cit.*, p. 369.

(2) Géný, *op. cit.*, p. 32, 203-204, 337, 356 et sv. 348-352, 363-364.

(3) Merlin, *Rép. de jurisprudence*, v. *Désuétude*; *Usage*, ch. II, n° III; *Appel*, sect. I, chap. V, n° 4; — Toullier; *Le droit civil français*, t. I, 1839, n° 158-165, p. 125-130; — Mailher de Chassat,

dissidences (1), arrivent à la conclusion, que la théorie de la formation coutumière du droit à l'encontre du texte légal doit être rejeté (2). Ce rejet se comprend sous une monarchie absolue, « où la loi n'est que l'expression de la volonté du chef de l'État, ainsi que dans un gouvernement démocratique, où elle est votée par la généralité des citoyens » (3). Mais tous se sont contentés

Traité de l'interprétation des lois, 1822, p. 231-255 ; — Duranton, *Cours de droit français*, t. I, 1844, n° 100-102 et 107-108, t. XIII, 1814, p. 30 ; — A. Trolley, *Cours de droit administratif*, t. I, 1844, n° 14 ; — Dalloz, *Rép. alphab.*, v. *Lois*, n° 528-532 et 536 ; *Supplém. au Rép.*, v. *Lois*, n° 452 ; — Demante, *Cours analytique de droit civil: Introd.*, n° 20-30, t. C, p. 11-15 ; — comp. Laurent, *Principes de droit civil*, t. I, n° 256-257, p. 329-330 ; — Génv, *op. cit.*, p. 32, 248 et suiv.

(1) Beudant, *Cours de droit civil français: Introd.*, 1896, p. 61-65 et p. 110-112 ; — Boistel, *Cours de philosophie du droit*, 1899, t. II, p. 413-415 ; — *Rev. générale du droit*, 1879, t. III, p. 176-180. — Adde: Demogue, *op. cit.*, p. 213 ; — Esmein, *Bull. de la Société d'études législatives*, 1905, p. 533 ; — Valette, *Du rôle de la coutume. Thèse*, Lyon, 1908, p. 225 ; — E.-H. Perreau, *Rev. trimes. de dr. civ.*, 1911, p. 282 et sv.

(2) Duvergier, *Le Droit civil français*, 6^e édit., t. I, 1884, n° 162 ; — C.-G. Hello, *Du régime constitutionnel*, 1848, t. II, p. 64-66 ; — Foucart, *Éléments de dr. public et administratif*, t. I, 1843, p. 82-88 ; — Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. I, n°s 35 et 130 ; — Laurent, *Avant-projet de révision du code civil*, t. I du commentaire, 1882, p. 171-172, p. 199 ; — Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civ.*, 1892, p. 58-59 ; — Planiol, *Droit civ.*, t. I, édit. 1908, n° 231 ; — *Grande Encyclopédie*, v. *Désuétude*, t. XIV, 298-299 ; — Hauriou, *Précis de droit administratif*, édit. 1897, p. 45 ; — Baudry-Lacantinerie et Houques Fourcades, *Des personnes*, t. I, 1896, n° 123, p. 84-86.

(3) Aubry et Rau, *Cours de dr. civ. français*, t. I, édit. 1897, p. 96-97.

d'examiner son rôle, sans chercher à pénétrer ni le fondement de son obligativité, quand cette obligativité existe, ni la manière de sa formation. A ce point de vue l'étude de M. Géný répondait à une nécessité, et son importance, malgré la grande critique de M. Lambert(1), reste quand même capitale.

31. D'abord une distinction, pour M. Géný, doit apparaître bien nette : l'usage doit être différencié de la coutume, malgré l'erreur qu'on commet bien souvent en les confondant. Celui-là ne peut pas avoir l'effet obligatoire de la coutume, il peut intervenir sans qu'il soit besoin de lui attribuer « le caractère de source du droit objectif », il ne peut être considéré que comme une habitude de pur fait et, comme telle, sa valeur est celle d'une interprétation de la volonté : « Les usages des affaires ne permettent de suppléer ou d'interpréter la volonté des contractants (plus généralement des parties dans l'acte juridique), que parce que ceux-ci sont *censés* s'y être référés librement (2). » Mais, à ce point de vue, toutes les règles du Code, dans la matière des contrats, peuvent être considérées comme des règles interprétatives de volonté, et en tant que ce n'est

(1) Lambert, *op. cit.*, p. 118 et sv., 797 et sv. et, en général, pour toute la critique de la théorie romano-canonique de la coutume : *Av. Rev. intern. de l'enseign.* 1900, t. II, p. 230.

(2) Géný, *op. cit.*, p. 370-371 pour la critique de l'idée que les usages doivent être considérés comme interprétatifs de volonté.

pas seulement la sanction légale, qui leur accorde le caractère de source du droit positif, on pourrait, suivant ce raisonnement, exclure toutes ces règles-ci des sources du droit ; la conséquence qu'on tirerait de l'opinion de M. Génv est contredite par elle-même. En réalité, il faut penser que « *le caractère obligatoire de l'usage dérive de sa valeur intrinsèque ; en d'autres termes, que sa force obligatoire et sa force scientifique c'est tout un* » (1) ; que, par conséquent, son obligativité trouve son fondement dans son existence même (2).

Ne nous arrêtons pas sur ce point de détail, quoique nous sommes bien convaincus de l'importance que présenterait une critique entière de la différence entre la coutume et l'usage, telle qu'elle a été faite par M. Génv, et implicitement de toutes les conséquences qu'il en tire (3) ; constatons seulement que toute la différence provient de sa conception sur le fondement et la manière de formation de la coutume.

32. En effet, se faisant l'écho de la théorie romano-

quand la volonté ne s'est pas exprimée. Av. Dereux, *Interprétation des actes juridiques privés*, p. 328 et sv. ; — Tarde, *Transformations du droit*, 1893, p. 125 et sv. ; — Vander Eycken, *op. cit.*, p. 155 et sv.

(1) Vander Eycken, *op. cit.*, p. 146.

(2) E. Picard, *Droit pur*, p. 146-147.

(3) Génv, *op. cit.*, n° 132, p. 372-375 ; av. une esquisse de critique : Vander Eycken, *op. cit.*, p. 156 et sv. ; — Lambert, *op. cit.*, p. 158 et sv.

canonique de la coutume, dernièrement étudiée d'une manière brillante par M. Siegfried Brie (1), utilisant, en l'absence de sources précises en France, la littérature allemande du Pandektenrecht (2), M. Géný arrive, comme nous l'avons déjà dit, à adopter une telle conception de la coutume, que sa réalisation devient à peu près impossible, et son rôle presque nul sous la forme qu'il lui donne. Toutes les définitions données jusqu'à présent (3) de la coutume, nous dit M. Géný, sont d'une forme et d'un contenu « négatifs et vagues », qui feraient rentrer pêle-mêle, dans le droit coutumier, avec la pratique extra-judiciaire, l'autorité acquise par la doctrine, les traditions accréditées par la jurisprudence, même les mille circonstances de la vie sociale, pouvant éclairer la libre recherche de la science et diriger celle-ci dans l'établissement des solutions nou-

(1) *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht ; eine historische, dogmatische Untersuchung ; erster Theil, Geschichtliche Grundlegung*, Breslau, 1899.

(2) Av. une bibliographie complète : Lambert, *op. cit.*, p. 119-121, note I. — Géný, *Méthode*, p. 277, note 2. — Adde : Ratzenhofer, *Soziologie*, Leipzig, 1909 ; — *Die Herrschenden Ideen*, p. 78 et sv. ; — *Soziologische Erkenntniss*, Leipzig, 1898 ; — *Der Sozialwille*, p. 285 et sv. ; — Wundt, *Ethik*, 3^e édit., 1903 ; — *Individualwille und Gesamtwille*, t. II, p. 52 et sv.

(3) Av. indications sur ces définitions, Géný, *op. cit.*, p. 277, note I. — Adde : Planiol, *op. cit.*, t. I, 1908, p. 4 ; — Beudant, *Traité de droit civ.*, *Introd.*, 1896, p. 61 ; — Lambert, *Rev. intern. de l'enseign.*, 1900, t. II, p. 231 ; — Boistel, *Philosophie du droit*, t. II, p. 443 ; Mornet, *thèse citée*, p. 26 et sv. ; — Demogue, *op. cit.*, p. 213.

velles ; bref, tout ce qui est de nature à révéler le droit non écrit à l'interprète » (1). Dès lors, une séparation s'imposant entre la coutume d'un côté et les autres éléments de recherche dans l'interprétation, de l'autre, examiner le fondement de la coutume, c'est délimiter sa portée et tracer la ligne de séparation.

33. Pour que la coutume devienne certaine et pour qu'elle acquière une force obligatoire, qui puisse l'imposer comme source de droit positif, elle a besoin de deux éléments : 1° un élément externe et de nature matérielle, la *consuetudo* des textes latins, l'*Uebung* de la doctrine allemande, « un long et constant usage, une répétition non contredite d'actes », une « continuité et une constance qui en attestent la fermeté » (2) ; 2° une conviction chez les sujets d'une sanction juridique, la conviction subjective que l'usage contient une règle de droit objectif, l'*opinio juris seu necessitatis*, la *Rechtsüberzeugung* du droit allemand, « le sentiment de l'obligation, la croyance à l'existence d'une sanction colorant l'usage, lui imprimant le caractère de nécessité » (3).

L'élément immatériel, psychologique, de nature

(1) Génv, *op. cit.* p., 277-278.

(2) Génv, *op. cit.*, p. 310-313 ; — Lambert, *op. cit.*, p. 121 ; — Mornet, *thèse citée*, p. 26-27 ; Boistel, *Philosophie du droit*, t. II, p. 413.

(3) Génv, *op. cit.*, p. 278, 281, 301, 314 et suiv., 377 ; — Lambert, *op. cit.*, p. 121-122 et suiv., 133 et suiv. ; — Boistel, *op. cit.*, p. 414 ; — Vander Eycken, *op. cit.*, p. 155 ; — J. Cruet, *Vie du droit*, p. 169.

purement subjective, cette croyance à la nécessité juridique de la coutume est, peut-être, le point le plus faible de toute la théorie romano-canonique, quoiqu'étant le plus stable depuis les glossateurs et les post-glossateurs jusqu'à nos jours. Mais, si son existence comme élément de formation de la coutume est approuvée par tous, le fondement qu'on en donne varie pourtant ; — qu'on considère ce fondement comme résidant dans un « consentement implicite de la population à l'établissement de la règle dont les actes d'usage apparaissent comme l'exercice », *tacitus consensus populi, tacita civium conventio* (1) ; qu'on le trouve dans la conviction juridique du peuple (*Volksueberzeugung, Gemeinsame, Rechtsueberzeugung*), dans une sorte d'intuition populaire du droit, qui impose la règle juridique par sa révélation instinctive (2), immédiate, spontanée ; — qu'on quitte le terrain trop mouvant et trop incertain de la psychologie individuelle et qu'on le considère comme le « produit de l'intelligence des intéressés », avec les mêmes caractères de consentement volontaire, ou de révélation qui, par sa nature, fait la coutume obligatoire, la variabilité des théories engendre

(1) Julien, fr. 32, ch. I : D. *De legibus senatusque consultis et longa consuetudine*, I, 3 ; — Brie, *op. cit.*, ch. III, liv. II, p. 16-18 ; — Lambert, *op. cit.*, p. 122-124 ; — Gény, *op. cit.*, p. 291.

(2) C'est toute la doctrine de l'école historique : Savigny, Puchta, Thöl, Dahn, Stobbe, etc... — Av. Lambert, *op. cit.*, p. 128. *Adde* : Edmond Picard, *Droit pur*, p. 147.

une certaine méfiance de l'ensemble de la conception et est « de nature à faire soupçonner que leur théorie tout entière pourrait bien être édifiée dans le vide (1). »

M. Génv, aux pages 278, 281, 301, 312, 314-315, 317, 327, nous donne la preuve la plus certaine de l'incertitude de ce fondement par un mélange du sentiment instinctivement juridique, vestige de la « révélation du droit » de l'école historique, et du consentement-volonté de l'ancienne école des glossateurs et post-glossateurs ; et si la croyance générale à l'obligativité de la coutume se heurte à toutes les objections qu'on a faites à la théorie de l'école historique, et surtout à l'ignorance de la coutume par le peuple, ignorance qui la met en contradiction avec le fondement donné, le consentement-volonté, auquel M. Génv, logique dans tout son système, paraît mieux se rattacher, se heurte à des objections plus graves encore.

En effet, le consentement ne suppose rien moins qu'une adhésion plus ou moins générale, sinon unanime, de tous les intéressés à l'obligativité d'une règle contraire aux intérêts de certaines individualités, et il n'y a pas un seul exemple dans l'histoire où on puisse voir cette « harmonie mystique des volontés d'où naîtrait la coutume » ; au contraire, les exemples abondent, surtout dans la fixation des jurisprudences

(1) Lambert, *op. cit.*, p. 140, av. pour le résumé de toutes les théories : *ibid.*, p. 132 et sv. ; — Génv, *op. cit.*, p. 296 et sv.

modernes, où les intéressés contre lesquels il y avait une tendance à se créer une règle mènent une lutte acharnée et continue, malgré une habitude et une conviction contraires plus ou moins générale : la question de la quérabilité ou de la portabilité des primes du contrat d'assurance est un exemple assez suggestif. D'ailleurs, tandis que M. Gény semble incliner vers une volonté unanime, par « l'assentiment des intéressés, y compris ceux qui souffrent éventuellement de la règle qu'elle (la coutume) établit », à une « reconnaissance générale », d'autres se contentent de la simple majorité, ou d'une représentation par les magistrats dans l'émission du consentement (1).

34. Qu'on prenne n'importe laquelle de toutes ces explications de l'élément psychologique, leur variabilité est peut-être la preuve la plus certaine de l'in vraisemblance de toute la théorie et de l'impossibilité de lui donner un fondement invariable ; toutes sont parties du même postulat, si battu en brèche depuis une quarantaine d'années dans les sciences sociales, celui de chercher une explication unitaire, une explication de système, aux transformations opérées dans le domaine social : à l'exemple des sciences de la nature, on a cru pouvoir découvrir des lois, ou des critères, qui puissent expliquer d'une manière invariable des chan-

(3) Av. Gény, *op. cit.*, p. 131 pour les autres av. Brie, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht*, § 20, II, 1, p. 146 ; — *ibid.*, 3 et 4, p. 149-150.

gements, dont les causes varient à chaque instant ; on a voulu faire une assimilation entre les éléments des « corps sociaux », éléments qui, comme nous l'avons déjà dit, ne sont pas encore arrivés à une agrégation complète, qui puisse garantir leur fixité, — et les éléments physiques fixés dans leur essence.

A ce point de vue la critique, que M. Gény même adressait aux constructions juridiques, n'est pas sans analogie avec la critique, que nous adressons à l'explication de l'obligativité de la coutume. En réalité, comme nous allons le voir au cours de notre travail, tout se traduit dans le droit en un déplacement de valeurs, en tant que tout le droit n'est qu'une appréciation de valeurs morales et économiques, au point de vue de leur possibilité de créer des rapports juridiques : constater que le déplacement est opéré, et se borner à cette simple constatation sans chercher les causes, sans, surtout, essayer de donner une explication unitaire de systèmes, sans vouloir ériger des lois, contredites à chaque instant, est peut-être le seul rôle du juriste. Et si le premier élément de la coutume, cette *opinio necessitatis*, apparaît non seulement comme inutile, mais comme incompatible avec toute fixation (les systèmes exposés, nous en ont donné la preuve), l'élément matériel se manifeste dans toute sa valeur. Si l'école historique, de Puchta jusqu'à Stobbe (1), croyait pouvoir

(1) Puchta, *Gewohnheitsrecht*, I, p. 144 et sv., 169 et sv., II, p. 5 et sv., 69 et sv., 171 et sv. ; — Savigny, *System*, I, p. 34 et sv. ;

éliminer l'élément matériel, nous croyons non seulement qu'il est nécessaire, mais que lui seul présente une valeur positive pour le juriste ; et, s'il faut employer une formule, disons avec M. Vander Eycken, quoique n'adoptant pas en tout son opinion, que « le caractère obligatoire de l'usage (de la coutume en général, en tant que cet auteur n'admet pas une différence entre l'usage et la coutume) dérive de sa valeur intrinsèque : en d'autres termes que *sa force obligatoire et sa force scientifique c'est tout un* (1) ». Nous ne disons pas, pour être plus explicites, que le « sentiment juridique » de M. Génv (2) ou « l'intuition populaire du droit » (3) de l'école historique, ne sont pour rien dans les transformations opérées dans le domaine juridique ; mais nous laissons ces recherches au soin de la psychologie sociale et nous prenons pour nous, les

— Thoel, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, § 51, et *Handelsrecht*, 12, n° 4 ; — Gierke, *Deutsches Privatrecht*, § 10, note 7 ; — Brie, *op. cit.*, p. 231-233 et 248-249 ; — Dahn, *Urgeschichte der germanischen und römischen Völker*, 2^e édit., I, p. 95 ; — *Geschichte der deutschen Urzeit*, II, p. 561 ; — Stobbe, *Handbuch*, I, § 22, p. 167-169 ; — Franken, *Romanisten und Germanisten*, 1882, p. 14. — Comp. Lambert, *op. cit.*, p. 140-141 ; — Génv, *op. cit.*, p. 296 et sv., 299 ; — Ed. Picard, *op. cit.*, p. 292 et sv. ; — Tanon, *op. cit.*, p. 16 et sv., 24 et sv., 88 et sv. — Adde : Bruns, *Das heutige römische Recht* (*Encyclopédie d'Holzendorf*, p. 438).

(1) Vander Eycken, *op. cit.*, p. 146.

(2) Génv, *op. cit.*, p. 278 et 281.

(3) Av. Lambert, *op. cit.*, p. 127 et sv. et 140 et suiv. avec la bibliog. qu'il y donne.

juristes, seulement la preuve matérielle de leur accomplissement (1).

A ce point de vue, seule la pratique judiciaire, en son sens le plus large, nous offre un terrain fécond. Dans la théorie de la possession si embrouillée par l'école historique, les éclaircissements apportés par Jhering (2) d'abord, et un peu plus tard par M. Saleilles (3), par la prédominance accordée à l'élément objectif sur l'élément subjectif, nous trouvons un exemple assez probant de la valeur de la méthode, que nous croyons seule possible dans le droit.

35. Si la théorie romano-canonique accorde un rôle assez grand à l'élément matériel, elle ne lui donne une valeur certaine, que seulement quand il est accompagné de l'élément psychologique (4) ; l'incertitude, qui règne parmi ses théoriciens sur la valeur de la pratique judiciaire, n'est que la conséquence de cet accord

(1) Av. en ce même sens : H. Dernburg, *Pandekten*, § 26, texte et note, t. I, 5^e édit., 1896, p. 5 ; — Gierke, *Deutsches Privatrecht*, t. I, 1895, p. 162 ; — H. Cosack, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, t. I, 1899, p. 29-31 ; — Heilfron, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, t. I, 1897, p. 3-4 ; — S. Oeurtman, *Volksrecht und Gesetzesrecht*, 1898, p. 26-31 ; — *Adde* : Tanon, *op. cit.*, p. 65 et sv.

(2) Jhering, *Rôle de la volonté dans la possession* (trad. fr., 1891), p. 31, 45, 126.

(3) Saleilles, *Éléments constitutifs de la possession*, p. 71-203. — Comp. Paul Schwab, *la Théorie possessoire objective*, Thèse, Paris, 1907, p. 21 et suiv.

(4) Av. Génv, *op. cit.*, p. 314-315, 317 av. la bibliogr. qu'il y donne. — Comp. Lambert, *op. cit.*, p. 142 et suiv.

entre l'élément matériel et l'élément psychologique de la coutume, et surtout la conséquence de la manière si variable de comprendre ce dernier. M. Géný, considérant cet accord comme nécessaire, veut arriver à la conclusion que la coutume ne peut se former que par lui ; en général l'usage judiciaire, manquant de cet accord, ne peut jamais se présenter avec la force obligatoire de la coutume. Mais ensuite il fait les plus larges concessions ; en effet (1), systématisons d'abord sa manière de raisonner : 1° les usages judiciaires, manquant de « ce sentiment juridique de la nécessité, qui doit émaner de ceux-là mêmes entre lesquels la coutume fait loi » (2), ne pourront jamais par eux-mêmes constituer la coutume ; 2° étant plutôt de formation individuelle, l'usage ne pourra avoir que la force morale d'une opinion ; 3° le rôle des usages, en tant que forces morales, peut se borner seulement à une préparation du terrain sur lequel va se bâtir la coutume, « mais ne sauraient en aucun cas ni la constituer ni la remplacer (3).

36. A la jurer dans sa forme pure, accord entre l'élément matériel et l'élément psychologique, la coutume doit avoir la même force que la loi :

(1) Nous empruntons ici le résumé du système de M. Géný aux MM. Lambert, *op. cit.*, p. 153 et suiv. ; — et Vander Eycken, *op. cit.*, p. 163 et suiv.

(2) Géný, *op. cit.*, p. 319, 337.

(3) *Ibid.*, p. 319, note 5.

« théoriquement et en soi, la loi et la coutume nous apparaissent, sans doute, comme devant jouir, en tant que sources juridiques, d'une égale autorité (1) ». Mais elles n'apparaissent plus sous la forme qu'il avait tracée, nous dit M. Génv (2) (si jamais même dans l'histoire on l'a rencontrée : M. Lambert dans l'*op. cit.*, nous en donne des preuves, de nature à suggérer de sérieux doutes) ; — et la série des concessions commence. En effet : si dans la première partie de son argumentation, il n'accorde jamais à l'usage judiciaire la force de constituer la coutume, dans la 2^e, reconnaissant, qu'en dehors de quelques cas, la coutume ne se rencontre plus sous cette forme pure, il lui donne une valeur morale, et dans la 3^e, lui concédant la possibilité de préparer le terrain à la coutume, perdant la première base, trop rigide pour notre régime de codification, et ne trouvant aucun critérium pour établir la substitution d'une volonté collective à la volonté individuelle représentée par la force morale de l'usage judiciaire, il est entraîné vers la « consécration judiciaire », ce qui le met en contradiction avec sa doctrine entière (3) : coutume et usage judiciaires commencent à se confondre. De concession en concession, M. Génv, tout en affirmant la rigidité du principe « la coutume ne peut pas

(1) *Ibid.*, p. 358 ; comp. p. 300, p. 366.

(2) *Ibid.*, p. 304, 285, 400.

(3) Génv, *op. cit.*, p. 377-378 ; — pour la critique, v. Lambert, *op. cit.*, p. 814, note III.

faire la loi », arrive à écrire dans la même page (p. 204) que la loi ne peut pas empêcher la formation d'une coutume supplétive, et il est forcé de reconnaître qu'elle peut se former à l'encontre de toute prohibition légale ; plus encore, il concède que la « défaillance de fait » d'un texte légal, occasionnée par une modification de l'état social, ouvre la place soit à une création de coutumes, soit à une interprétation scientifique (1). Donc, d'un côté, M. Génv arrive à admettre une confusion entre l'usage judiciaire et la coutume parce qu'il n'y a qu'une seule possibilité de la constater sous le régime de la codification, la consécration judiciaire ; de l'autre, il concède que la coutume, ou l'interprétation peuvent écarter un texte légal. Ainsi tout le système s'ébranle, et la théorie romano-canonique de la coutume se réfute par ses propres contradictions.

37. D'ailleurs, dans le système de M. Génv, la cause de ces contradictions se trouve, croyons-nous, dans sa conception de la loi.

En effet : en tant qu'on considère la loi comme une expression de volonté, qui doit s'imposer jusqu'à ce qu'une autre, exprimée dans la même forme, la remplace, la théorie romano-canonique avec ses deux éléments, *consuetudo* et *opinio necessitatis*, est compréhensible, et la prépondérance de la loi sur la coutume est explicable ; mais personne ne croit plus à cette fiction

(1) *Ibid.*, av. encore p. 323-325-326, 360.

de volonté générale exprimée dans la loi (1) ; il y a une tendance à établir une assimilation entre la loi et la coutume, et cette tendance d'identification n'est que l'expression de la difficulté qu'on rencontre de plus en plus à conserver à la loi son caractère individualiste d'ordre. M. Génv, quoique posant au commencement de son argumentation la rigidité des principes de la coutume, paraît bien s'apercevoir de cette tendance ; alors, tandis que, sous la conception de la volonté, il fallait trouver une conviction, qui impose le sentiment d'une obligativité de la coutume, pour que celle-ci s'oppose à la loi, — le caractère de *volonté-ordre*, qui gardait l'obligativité de la loi jusqu'à ce qu'une volonté contraire de la loi se serait exprimée, disparaissant, la valeur de l'élément psychologique est amoindrie ; il n'est même plus nécessaire. Il suffit que l'élément matériel, la *consuetudo* soit nettement exprimée, pour qu'elle puisse s'opposer dans une certaine mesure à la loi qui prend dorénavant le caractère réglementaire (2). Toutes les concessions de M. Génv s'expliquent de cette manière : le besoin de cette consécration judiciaire pour la constatation de l'usage, la confusion entre l'usage et la coutume, l'aptitude de la coutume à lutter

(1) Av. M. Leroy, *op. cit.*, p. 154 et suiv. ; — Bouvier et Jèze, *La Véritable notion de loi et la loi annuelle de finances* (*Rev. crit. de lég. et de jurispr.*, 1897).

(2) Av. M. Leroy, *op. cit.*, p. 191 et suiv.

même contre la loi ne sont que les conséquences de l'amointrissement de la valeur de la loi.

38. Dès lors, les concessions que M. Géný consent, quant au rôle de la jurisprudence, sont compréhensibles et explicables, et si, quoi qu'il admette le rôle de sources génératrices de la coutume (1), il hésite encore à lui attribuer celui de force créatrice de coutume, les arguments qu'il donne sont facilement réfutables.

En effet : 1° Le principe de la séparation des pouvoirs n'est plus qu'une vieillerie qui ne peut avoir de force que pour l'école des interprètes du Code ; aujourd'hui, la séparation des pouvoirs ou bien n'existe pas du tout, comme en Angleterre et aux Etats-Unis (2), ou bien n'existe qu'en principe, comme en France (3) : en tout cas, elle est généralement repoussée, et le fait même que chaque loi est toujours accompagnée d'un Règlement prouve l'immixtion du pouvoir exécutif dans les attributs du pouvoir législatif : « le gouvernement est législateur.... *exécutif et législateur n'étant plus que des fonctions différentes ont cessé d'être des pouvoirs dis-*

(1) Géný, *op. cit.*, 391, 436-437.

(2) Comte de Franqueville, *Le Système judiciaire de la Grande Bretagne*, 1893, t I, p. 7-8 ; — av. Lambert, *op. cit.*, *passim*, p. 95-103, 173 et sv., 796 et sv. avec bibliog. ; — J. Cruet, *op. cit.*, p. 42-48.

(3) Alvarez, *op. cit.* p. 203 et suiv. ; — Esmein, *De la délégation du pouvoir législatif* ; — Barthélemy, *Le Pouvoir réglementaire du Président de la République* (*Rev. polit. et parlem.*, 1898) ; — G. Craux, *Les Lois et les règlements d'administration publique* (*même rev.*, 1899) ; — Bouvier et Jèze, *art. cit.*

tinets et rivaux (1) » ; le juge commence dans diverses législations à empiéter sur le pouvoir législatif (2). 2° Accorder le pouvoir créateur à la jurisprudence, ce n'est nullement laisser le juge sans aucun guide dans l'interprétation (Gény, p. 434) ; il aura toujours, et même malgré lui, à subir la force du courant qui se crée autour de lui, courant, dont M. Gény même en fait un propulseur ; en tant que le rôle du juge est d'adapter le texte abstrait de la loi à la réalité de l'espèce, enlever au juge la possibilité de s'adresser à tout le milieu qui la crée, serait entraver toute évolution juridique, et — en tant que la nécessité de cette évolution est reconnue, la création du droit par la jurisprudence l'est implicitement : loi et jurisprudence peuvent subir dans leurs créations les mêmes influences — et *craindre l'arbitraire du juge, c'est craindre aussi l'arbitraire du législateur*. 3° Quant à l'argument d'ordre technique, il porte surtout sur l'incompétibilité qui existe entre la coutume, avec ses deux éléments nécessaires, et la jurisprudence, qui manque toujours de l'élément psy-

(1) Leroy, *op. cit.*, p. 208-209 ; — pour la réfutation de l'argument tiré de la séparation des pouvoirs, comp. Lambert, *op. cit.*, p. 162-167.

(2) En Allemagne, av. Saleilles : *Introd. à l'étud. du dr. civ. allem.*, p. 88 et sv. ; — Laband, *Le dr. public de l'Empire allem.* (trad. Gandilhon et Lacuine, Paris, 1901), t. II, p. 268, note 2. *Contra* : Mayer, *Le droit administratif allemand*, Paris, 1903, t. I, section II, p. 83-101 — En Suisse : art. 1^{er} du *projet du Code civ.* Alfred Martin, *Observations sur les pouvoirs attribués au juge par le Code civ. Suisse* (*Rev. trim.*, 1909, p. 861).

chologique, en tant que produit d'une activité individuelle. Mais il trouve sa réfutation dans tout ce que nous venons de dire sur l'évolution, dans la pensée même de ceux qui soutiennent la théorie romano-canonique de l'assimilation forcée entre la coutume et l'usage judiciaire.

Qu'il nous suffise donc, pour terminer toute discussion, de citer un passage de M. Lambert, qui me semble fixer d'une manière brillante la fragilité de ce dernier argument ; du moment qu'on est forcé, dans l'état actuel de la législation, de recourir à une consécration judiciaire pour la constatation de la coutume, du moment qu'on lui donne la possibilité de servir de cause génératrice, on reconnaît implicitement une force créatrice de la coutume par la jurisprudence : « dans un cas comme dans l'autre, écrit M. Lambert, l'intervention du juge marquera la coutume d'une empreinte ineffaçable. Une coutume, qui a sa *cause génératrice* dans un mouvement jurisprudentiel, qui s'est établie pour correspondre à une jurisprudence fermement assise, cesse, par la même, d'être le produit exclusif de l'activité des intéressés. Le vice originel reproché à l'usage judiciaire rejaillit nécessairement sur elle. Elle ne satisfait aucune des conditions requises par la théorie romano-canonique pour assurer sa légitimité. L'élément psychologique, au lieu de se former comme il devrait dans l'esprit de tous les intéressés, ne naît que dans l'esprit de leurs hommes d'affaires, des juristes,

qui, seuls d'habitude, se tiennent au courant des variations de l'usage judiciaire. *Il ne consiste ni dans la volonté de créer le droit, ni dans une perception instinctive de la règle juridique, mais dans la croyance à la consécration d'une solution par une jurisprudence inébranlable* (1). »

Dès lors, malgré toute protestation de la part de M. Génv, ne nous laissons pas entraîner par cette « antithèse, séduisante au premier abord, mais vide de sens », qui oppose la coutume à la jurisprudence, ou la coutume à la loi (2). Plus l'époque de la codification s'éloigne, plus le rapprochement entre les deux devient grand ; qu'on le veuille ou non, qu'on admette ou non l'élément psychologique comme nécessaire à la formation et à l'obligativité de la coutume, on est forcé de reconnaître que la *jurisprudence prend le rôle de coutume* (3) ; qu'il le veuille ou non, le juge ne peut pas s'isoler du milieu dans lequel il vit et il ne peut pas

(1) Lambert, *op. cit.*, p. 171-172 ; comp. p. 802.

(2) Comp. Lambert, *op. cit.*, p. 803-804 ; — Summer Maine, *Ancien droit* (trad. Courcelle-Seneuil), p. 5, 8-9 ; Oldenburg, *Die Form des Rechts*, 1880, I, p. 65-70.

(3) Av. Planiol, *op. cit.* ; t. I, n° 14 ; Tarbourich ; *Du conseil d'Etat comme organe législatif*, Paris, 1894, p. 3 ; Lambert, *Contrat en faveur des tiers*, p. VIII ; E. Bartin, *Études sur le régime dotal*, p. IV ; — Voy. *La Loi*, 20 mai 1897, p. 455 ; — *Ibid.*, 1807, p. 566, av. bibliog. ; Génv, *op. cit.*, p. 430, note ; M. Leroy, *op. cit.*, p. 177-182 ; — H. Lévy Uhlman, *Projet d'un cours d'introd. au dr. civ.* (*Rev. trim.*, 1903, p. 839), Morhet, *Thèse cit.*, p. 23 ; Valette, *Thèse cit.*, p. 88 et sv., p. 225.

s'empêcher de subir l'influence des courants sociaux qui l'entourent ; il n'est que le porte-voix de ces courants et, « à ses yeux », la loi exprime ce que l'on pourrait appeler l'impératif catégorique de la conscience sociale.... il doit être seulement le serviteur impersonnel de l'utilité sociale, appréciée d'une manière objective (1) » ; à ce point de vue, toute création jurisprudentielle n'est qu'une création sociale ; l'organisation judiciaire est une garantie assez forte contre les tendances trop subjectives (2), et comme telle, la jurisprudence peut et doit s'imposer (3). Pour tous ces motifs, nous croyons, avec M. Lambert, qu'il reste un rôle assez défini à la jurisprudence à côté de la loi, que l'une et l'autre peuvent se compléter, sans se confondre ; leur présence ensemble devient d'autant plus nécessaire, que la force de la loi s'amointrit par le temps qui la sépare de la codification.

39. Si, d'un côté, pour respecter l'esprit de la loi, le juge a le texte ; pour l'adapter, pour être le « serviteur impersonnel de la conscience sociale », en tant que la

(1) J. Cruet, *op. cit.*, p. 79, n.

(2) Lambert, *op. cit.*, p. 802-803 ; — Comp. Deslandes, *La Crise de la science politique* (*Rev. de dr. public et de la science politique*, 1901, t. XVI, p. 69) ; — sur le rôle de la conscience subjective individuelle au point de vue historique, av. Lambert, *op. cit.*, p. 210 et suiv.

(3) Av. sur les idées de Summer Maine, Post et Kohler, qui arrivent à la conclusion que, dans toutes les sources juridiques, se révèle la force créatrice de la jurisprudence, Lambert, *op. cit.*, p. 217 et suiv., avec bibliog.

coutume est insuffisante, il a la *tradition* et l'*autorité* : sans constituer des sources indépendantes de droit positif, elles peuvent lui offrir une lumière nouvelle et assez certaine pour se conduire dans les hésitations des courants qui l'entourent. (1)

40. Au-dessus de toutes ces sources plus ou moins fortes il y a la *nature des choses positives*, représentée par l'ensemble des conditions qui forment comme « l'atmosphère de la vie juridique extérieure » et qui, comme telle, doit s'imposer à l'interprète (2). En effet, le droit, en tant que produit de l'organisation sociale, est fait pour la servir : ses principes doivent puiser leur force et leur réalité dans les réalités sociales mêmes ; en tant qu'il a pour but de réaliser « le juste objectif », il ne peut puiser ses éléments, que dans la masse vivante de la

(1) Gény, *op. cit.*, p. 415-417, p. 455-456 ; — comp. Demogue, *op. cit.*, 234-237 ; — Charmont, *Le Droit et l'esprit démocratique*, p. 176 ; — Esmein, *la Doctrine de la Jurisprudence* (*Rev. trib.*, 1902, p. 9 ; Vander Eycken, *op. cit.*, p. 170 et suiv.

(2) Gény, *op. cit.*, p. 472, 481, 483, 485 ; — Comp. p. 467, 471 479-480, 484, 582 ; — *Notion de droit positif à la veille du XX^e siècle* (*Rev. intern. de l'enseign.*, 1901, p. 31) ; — *Procédés d'élaboration du droit civ.* (dans *les Méthodes juridiques*, Paris, 1911, p. 185 et suiv.) ; — Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 114, 422, 466, 502 ; — Lambert, *op. cit.*, p. 815-816 et note ; — Alvarez, *op. cit.*, p. 108-109 ; — M. Leroy, *op. cit.*, p. 242 et suiv. ; — C. O. Bunge, *Le Droit c'est la force, passim*, p. 307 et av., 317 et suiv. ; — Al. Lévi, *La Société et l'ordre juridique*, Paris, 1911, p. 189 et suiv. ; — Vander Eycken, *op. cit.*, p. 370 et suiv. ; — Spassioievitch, *Thèse cit.*, p. 41 et suiv. ; — Meynial, *Compte rendu sur l'ouvrage de M. Gény* (*Nouv. Rev. histor.*, 1901, p. 375-394).

réalité « pour suivre le flux des choses et tâcher d'en épier les lois sous l'inspiration constante de la conscience morale ». Scruter toujours l'atmosphère réelle juridique, l'analyser dans toute sa complexité et, pour pouvoir s'y démeler, chercher le fil conducteur dans un « idéal de justice », dans « un ordre naturel permanent de rapports entre les éléments du monde », dans les principes de pure justice qui « conservent, au milieu des variétés et des contingences de leur mise en œuvre, un caractère universel et immuable » (1), voilà le grand guide tant du législateur que du juriste. Mais si, malgré les reproches qu'on a fait à cette partie du système de M. Génv, de faire revivre l'école du droit naturel, nous croyons avec lui à cet idéal de justice, qui forme comme la mesure de la valeur du droit dans son application, nous doutons pourtant de sa nature immuable, tout en admettant son caractère universel.

En effet, en tant que le droit n'est qu'une transposition de valeurs de l'ordre économique ou moral dans l'ordre juridique, en tant que le courant de cette transposition de valeurs d'un ordre à l'autre, n'est que la conséquence de l'évolution sociale dans son ensemble, en tant que l'idéal de justice n'est que la quintessence de la possibilité de ce déplacement par rapport à l'état social, il suit que sa conception sera variable d'après les fluctuations des transpositions opérées par l'évolution so-

(1) Génv, *op. cit.*, p. 485.

ciale. Ce qui reste invariable, c'est « le système de conditions se trouvant dans toute société, dont le droit est justement le cachet » (1), écrit M. Al Lévi dans un livre récent. Ajoutons : ce qui ne change pas c'est la manière de tirer les conséquences, du moment que le déplacement est opéré. Un exemple pourrait faciliter la compréhension de ce que nous venons d'avancer et jeter un peu de lumière sur toute notre manière de raisonner qui sera ci-dessous exposée : quand le concept d'égalité passe de la morale dans le droit, les conséquences qu'on en tire dans l'ordre juridique s'en suivent d'une manière rigoureuse ; chaque pas fait de l'ordre juridique entraîne après lui une série de conséquences inévitables ; dans la législation romaine du moment que le droit à la vie a été reconnu à chaque homme, les conséquences se sont produites d'une manière inévitable tant pour ce qui concerne les droits du *pater familias* sur les *fili* *familias*, que pour ceux des maîtres sur les esclaves : la forme des conditions dans le droit est restée la même c'est seulement son contenu qui a varié. Élargissant notre conclusion, nous pouvons dire avec M. Lévi : « Il n'y a pas de justice en soi, de même qu'il n'y a ni une économie, ni une morale en soi » (2) ; mais il y a la forme de l'enchaînement des conséquences qui peut rester invariable.

(1) Al. Lévi, *op. cit.*, p. 190.

(2) Lévi (A.), *op. cit.*, p. 191 ; — Comp. Mallieux, *l'Exégèse des codes*, p. 147-148.

Telle est la manière dont se présente le système de M. Génv et, si nous avons donné à son exposé, tout en le comparant avec une partie des idées courantes, une aussi grande extension, c'est surtout à cause de sa grande importance dans le mouvement de la critique juridique contemporaine. Les défauts que nous avons rencontrés de temps en temps sont pleinement couverts par le système de M. Saleilles qui, quoique ne nous donnant pas jusqu'à présent une synthèse de sa manière de voir, nous permet quand même de pouvoir la dégager de ses nombreux travaux.

§ 4. — *Le système de M. Saleilles*

41. Sorti de la vie sociale, le droit est fait pour la servir, et non pas pour asservir la société ; étant la mesure de l'équilibre des intérêts en présence, en tant que cet équilibre varie, en tant que la vie sociale évolue, le droit lui-même doit évoluer avec elle. Croire pouvoir arrêter la marche évolutive du droit par une fixation formelle, serait s'imaginer pouvoir arrêter toute transformation dans l'ordre sociale ; tout texte légal, toute codification, pris dans leur ensemble synthétique, ne sont que la pensée d'une époque, et comme tels, par la force des choses, ils vont varier avec les changements opérés d'une époque à une autre : le rôle de l'interprétation, et, par là, le rôle du juge est de mettre en concordance la fixité fictive du texte avec les nouveaux besoins qui se créent à chaque instant. « Il n'est même pas exact de dire, qu'il

juge au nom de la loi et que cette autorité supérieure, au nom de laquelle il interprète la loi, ce soit la loi elle-même. Le juge applique la loi, il n'est pas l'organe de la loi. La loi n'est pas une autorité vivante ; elle ne prend vie que par l'interprétation du juge » (1). On comprend dès lors toute la grande différence, qui sépare le système de M. Gény de celui de M. Saleilles, on comprend surtout que si celui de M. Gény a pu être considéré comme trop « large et trop étroit », celui de M. Saleilles peut être appelé simplement *progressif*, en tant qu'il ne fait que suivre l'évolution pour faire le droit, tout en se dégageant des fictions, qui ne peuvent que lui encombrer le chemin, se mouvoir toujours au milieu des réalités : loi, équivalent d'une volonté, et, par conséquent, interprétation restrictive, théorie de la coutume, irréalité par son inapplicabilité sous notre régime de codification ? — Critique de toute constructions ? — Mais ce sont toutes des irréalités ; ou elles deviennent des irréalités avec le temps ; et, s'il est vrai que toutes les luttes sociales se concentrent depuis quelques temps sur le terrain du droit (2), il faut chercher alors à ramener le droit sur le terrain de la réalité. L'idée de progrès, où, si l'on préfère, de marche progressive du droit, dans tout son ensemble et dans tous ses détails, parallèle à l'évolution de la société qu'il sert, est la seule

(1) Saleilles, *Déclaration de volonté*, art. 138, n° 81, p. 289.

(2) Saleilles, Allocution à l'ouverture des conférences sur les méthodes juridiques (*Méthodes juridiques*, p. XXII-XXIII).

qui peut guider toute la méthode, ou toute la technique juridique : le système de M. Saleilles, épars dans ses nouveaux travaux, trouve son idée d'ensemble, croyons-nous, dans l'idée de progrès ; qu'on ne croie pas pourtant, qu'il introduit un finalisme philosophique, immanent à tout concept de progrès dans la philosophie générale ; si nous avons employé ce terme pour désigner le fondement du système de M. Saleilles, il est équivalent pour nous à celui d'évolution, sans aucune idée finaliste ; ou bien, si l'on veut le traduire dans un langage philosophique, M. Saleilles se conduit toujours d'après une idée de causalité efficiente, qui, comme nous avons eu déjà occasion de le montrer, est la force créatrice et d'adaptation du droit.

41. C'est en partant de cette idée qu'on peut mieux comprendre le rôle que M. Saleilles accorde à la construction juridique. En effet, une institution juridique, de même qu'un texte de loi, n'est qu'une pièce dégagée de l'ensemble du mouvement social ; l'isoler serait risquer de ne pas le comprendre (1), et, si un code ne doit pas contenir des « constructions sur les principes mêmes du droit », pour lui « permettre de ne pas se trouver en antagonisme avec les courants nouveaux d'idées qui changeraient les principes » (2), la doctrine,

(1) Saleilles, *Introd. à l'étude du dr. civ. allem.*, p. 100.

(2) Saleilles, *Introd. à l'étude du dr. civ. allem.*, p. 105 ; — Comp. Préface à L. Lyon-Caen, *La Femme mariée allemande*, p. XVI et sv.

ainsi que l'interprétation, a pour devoir de les employer « comme moyens d'investigation des intentions particulières, et, en second lieu, comme mode de préciser et de réduire en système un ensemble d'idées juridiques restées vagues et flottantes, incapables sous cette forme de fournir un effet utile à la pratique » (1); si la loi a une « fonction abstraite et non individuelle », et si le rôle du juge est celui « d'individualiser » le droit (2), il ne pourra arriver qu'en se faisant une idée nette de l'ensemble de l'institution dont il s'agit à faire une application : ce n'est, d'ailleurs, que l'application du principe logique, qui veut que toute induction implique nécessairement une déduction, que toute analyse doit conduire à une synthèse (3) dans le domaine des sciences sociales. En ce sens-là, construire ce n'est pas faire l'œuvre purement abstraite, contre laquelle M. Gény s'est élevé avec raison, mais trouver dans l'idée d'ensemble, appuyée sur des données concrètes, un guide conducteur dans les variations sociales. En d'autres termes, les constructions ne doivent être employées et n'ont de valeur « qu'autant qu'elles peuvent répondre elles-mêmes à quelque chose de concret,

(1) Saleilles, *Refus de paiement pour inexécution du contrat* *Annales de dr. com.*, 1892, p. 295).

(2) Saleilles, *Déclar. de volonté*, p. 251-252.

(3) Comp. R. Worms, *Philosophie des sciences sociales*, 1903, p. 14 ; — Eug. d'Eichthal, *Pages sociales*, p. 229 ; — Roberty, *Sociologie de l'action*, Paris, 1908, 86-87.

c'est-à-dire, qu'autant qu'elles peuvent donner la clé de certaines interprétations de volonté, ou donner un corps, et comme une charpente arrêtée à certaines tendances vagues résultant d'un ensemble de besoins, ou d'idées juridiques un peu éparses et manquant d'une formule nette et précise » (1). Chercher donc à construire : c'est chercher l'idée maîtresse, qui puisse aider à se mouvoir dans la complexité du réel : par conséquent, la construction ne sera pas un *à priori* qui domine les faits comme dans l'école des interprètes du Code ; elle ne sera pas davantage un *à priori* de la raison pure comme dans l'école du droit naturel ; mais un *à posteriori* découlant des faits, guidé par eux, changeant surtout avec eux, et malléable, par son essence, pour mieux lui permettre d'adapter la solution impersonnelle et trop large du législateur aux besoins de la vie : un principe sera « un instrument d'évolution et non d'immobilisation du droit (2) », et le construire ce n'est pas autre chose, qu'établir une liaison entre la cause, qui a produit une institution, avec celle qui donne occasion à son application. Ainsi, dans la pensée de M. Saleilles, l'observation des faits et l'évolution du droit, étudiée par l'école historique, doivent compléter la

(1) Saleilles, *art. cit.* (*Annales de dr. com.*, 1892, p. 291 et sv., av. p. 288-289).

(2) Comp. Saleilles, *Préface à l'op. cit.* — L. Lyon-Caen, p. XV ; — *Introd. à l'étud. du dr. civ. all.*, p. 101 ; — *La Réforme de la licence en dr.* (*Rev. intern. de l'enseign.*, 1904, p. 320-322) ; — *Rôle de la méthode histor.* (même rev., 1890, t. XIX, p. 496).

forme abstraite du principe de l'école philosophique ; et pour ceux qui veulent donner une base certaine et réelle, un moyen sûr d'investigation à la recherche juridique, une transition entre les deux écoles s'impose (1).

42. Fournissant ainsi une base absolument concrète, imbue surtout d'un but purement pratique, à toute construction, le rôle des sciences sociales et du droit public apparaît très compréhensible dans le système de M. Saleilles : en tant que la construction est un instrument d'évolution, toutes les données réelles, qui contribuent à cette évolution, doivent être employées pour éclaircir les incertitudes, provenant à peu près toujours d'une crise dans l'ordre social, et guider les hésitations devant la croyance de l'intangibilité des lois (2).

Partant du même principe primordial que « le droit n'existe pas pour lui-même, mais pour la société » (3), considérant que les lois que nous créons dans l'ordre juridique sont « contingentes », comme les faits auxquels elles doivent s'appliquer, qu'elles « n'imposent pas l'idée d'absolue nécessité et d'immutabilité, qui carac-

(1) Saleilles, *De la méthode histor. dans l'enseign. du dr.* (*Rev. intern. de l'enseign.*, 1890, t. XIX, p. 497 et sv.)

(2) Comp. Saleilles, *Histoire des sociétés en commandite* (*Ann. de dr. com.*, 1897, p. 48) ; — *Revue intern. de l'enseign.*, 1890, I, p. 482 ; 1891, II, p. 44-45 ; — *Ann. de dr. com.*, 1890, p. 39-40 ; 1891, p. 219 et sv. ; 1892, 290 et sv. ; — *Alloc. cit.* (*Méthodes juridiques*, p. XXI-XXII) ; — *Déclaration de volonté*, p. 211 (art. 133, n° 45, art. 138 ; n° 44, p. 270). Comp. Alvarez, *op. cit.*, p. 166.

(3) Saleilles, *Introd. de dr. civ. all.*, p. 100.

térise les lois d'ordre naturel » (1); que, par conséquent, toute théorie, qui met à la base de la loi une déclaration de volonté, qui comme telle serait intangible, ne peut être que contraire à tout mouvement évolutif, il arrive à la conclusion que la loi ne fait que refléter l'aspect de l'état social existant au moment de sa création (2). On comprend dès lors tout le champ large que M. Saleilles ouvre, tant à la conception de la loi, qu'à l'interprétation. En effet : « la volonté du législateur est une abstraction inconsciente, » écrit M. Mallieux, reflétant la pensée de M. Saleilles; la loi n'est pas une *entité intangible*, pareille aux entités philosophiques, elle n'est que le produit de la pensée d'une époque; en d'autres termes, elle est l'idée que le Corps législatif se faisait, au moment de la création de la loi, de l'équilibre des intérêts sociaux; comme telle elle doit changer de sens avec l'évolution du courant qui l'a produite : les termes restent toujours les mêmes, mais le sens est entraîné par le courant et varie avec ses variations (3), et — s'il

(1) *Rev. intern. de l'enseign.*, 1890, t. XIX p. 496.

(2) *Déclaration de volonté*, art. 138, n° 81, p. 289; — *Rev. intern. de l'enseign.*, 1890, t. XIX, p. 481; — Comp. Alavarez, *op. cit.*, p. 100-101; — M. Leroy, *op. cit.*, p. 247; — Mallieux, *op. cit.*, p. 17 et sv.

(3) Saleilles, *Déclaration de volonté*, art. 133, 138; — *Préface* à M. Gény, *Méthodes d'interpr.*, p. V. — Comp. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, 1880, t. I, n° 281, *in fine*; — Turgeon, *Rev. intern. de l'enseign.*, 1895, t. XXX, p. 216; — Bouvier et Jèze, *Rev. crit. de lég. et de juris.*, 1897, t. XXVI, p. 388-389, 430-431; — J. Perceux, *Ann. de droit comm.*, 1898, p. 64; — Isembert, *Science*

faut chercher un *impératif juridique*, il ne faut pas espérer le trouver dans la volonté du législateur; mais, comme nous l'avons déjà dit pour les constructions juridiques, dans le trait d'union du courant, qui a créé le principe mis dans la loi, et celui qui l'applique.

43. Le rôle du juge et la manière d'interpréter la loi apparaissent cette fois sous une lumière bien claire : la loi, à elle seule, étant un « texte mort », le juge « est l'organe qui donne à la loi, chose morte, le souffle qui l'anime, et comme son âme elle-même. Il sert d'intermédiaire entre la loi et la conscience nationale, en ce sens, qu'il doit la mettre au point de l'évolution morale, juridique et sociale, qui s'accomplit sous le couvert de la loi, sans doute, par elle et avec elle, mais qui d'une chose morte doit faire un organisme vivant » (1). Pour être plus explicite, dans l'interprétation, le juge doit distinguer deux sortes de dispositions : 1° celles qui sont considérées comme des « pures conceptions rationnelles », et qui, dans la pensée même du législateur, sont de nature immuable, tant dans les termes, que dans leur sens, et s'imposent d'une manière impérative : les lois constitutionnelles et, en général, les lois d'ordre public présentent cette caractéristique ; l'interprète se trouve désarmé, il les prend telles qu'elles sont, sans

Sociale, février 1897, t. XXIII, p. 104 ; — Morelli, *La Funzione legislativa*, 1893, p. 291 ; — p. la bibliogr. allem., voyez Gény, *op. cit.*, 225.

(1) Saleilles, *Déclaration de volonté*, p. 289.

avoir la possibilité de les modifier ou de les adapter aux besoins nouveaux; 2° les autres, et celles-ci sont, et doivent être, les plus abondantes, ne sont que des « présomptions de volonté », et par conséquent, toutes les fois que, de la modification des faits sociaux, qui les ont produites et qui ont servi à la création de leur présomption, il résulte une preuve contraire, leur effet est modifié, pour être adapté d'après les nouveaux besoins: le juge y trouve le champ le plus large pour l'adaptation et pour la rénovation du droit (1); il a la qualité d'arbitre dans le mouvement social, et son intervention produit un effet « transactionnel » dans la lutte des intéressés, qui n'est que la lutte pour le droit; à ce point de vue il est créateur de lois et seulement à ce point de vue (2). Il n'est que le porte-voix de la collectivité, il est créateur de la coutume, en tant que « régulateur de la vie sociale dans ses rapports avec la loi ». Le processus suivi pour l'interprétation des articles 1382 à 1384 du Code civil français dans la jurisprudence, jusqu'à la loi du 9 avril 1898 sur les accidents de travail, en est l'exemple le plus suggestif. Dès lors, on ne peut pas dire que l'interprétation devient un instrument subjectif dans la main du juge; celui-ci cherche le but social à atteindre,

(1) Saleilles, *Rev. intern. de l'enseign.*, 1890, t. XIX, p. 491-492.

(2) *Déclaration de volonté*, p. 287; — Comp. Demogue, *op. cit.*, p. 214-224.

le but assigné à chaque institution (1), et, en appliquant la loi, il ne fait que suivre les variations infligées par l'évolution sociale à l'institution elle-même. C'est ici tout le positivisme du système d'interprétation de M. Saleilles. Chaque texte légal n'est pas un principe rationnel et ne trouve pas son explication en lui-même, il n'est que le produit d'un faisceau de causes qui lui ont donné une nature, un caractère, ou, si l'on préfère, un coloris propre : chercher à dégager la nature du milieu qui l'a produit, c'est connaître l'esprit du texte, et, par là, implicitement son but; mais le milieu a varié et le texte ne correspond plus aux nécessités présentes; chercher à adapter le but donné par le législateur à un texte, au milieu auquel il doit s'appliquer, voilà le grand rôle de la jurisprudence. Les sciences sociales et la législation comparée sont des moyens puissants pour aider la jurisprudence dans l'appréciation de la valeur des buts (2). C'est ainsi que la recherche de la « destination économique et sociale » de chaque institution conduit à l'analyse de l'étendue de leur application et à la limitation exacte de leur portée par rapport aux idées de chaque époque, en donnant une base purement réelle à toute investigation juridique (3).

(1) *Ann. de droit comm.*, 1892, p. 292 et suiv. — *Comp. Vander Eycken, op. cit.*, p. 109 et suiv.

(2) Saleilles, *Conception et objet de la science du droit comp.* (*Bull. de la Société de législ. comp.*, 1906, p. 383-405).

(3) Saleilles, *Théorie générale de l'obligation*, 2^e édit., p. 371.

44. S'il faut aller encore plus loin, il nous faut dire que le but même ne pourra être apprécié que par rapport à une idée générale de justice, qui caractérise chaque époque dans le développement historique. « Il n'y a pas de système politique ou social, qui n'ait pris pour mot d'ordre une idée de raison et de justice », écrit M. Saleilles ; il y a un idéal de justice, un *minimum éthique* pour chaque époque, et c'est lui qui servira de point d'appui pour toute orientation juridique. C'est peut-être un droit naturel, qui réapparaît, dans la théorie de M. Saleilles, après plus d'un siècle de disparition, mais c'est un droit naturel à contenu variable, variable surtout et progressif avec le progrès évolutif social. Peut-être y a-t-il une influence des idées de Schlossman (1), dans le système de M. Saleilles ; mais ce n'est pas à nous à en rechercher la source ; qu'il nous suffise de dire, partageant en tout son opinion, que dégager le droit de tout idéalisme, c'est tomber dans le grand défaut de l'école historique, celui de ne pas pouvoir offrir « une méthode soit de création législative, soit d'interprétation doctrinale ». Tant qu'on se contentera d'exposer de simples vues historiques dans le droit, on n'arrivera jamais à pouvoir offrir une direc-

— Comp. Gény, *op. cit.*, p. 371 ; — Alvarez, *op. cit.*, p. 139 ; — Ed. Picard, *Droit pur*, p. 145 ; — Marc Desserteaux, *Abus de droit ou conflit des droits* (*Rev. trim.*, 1906, p. 120) ; — Danz, *Auslegung des Rechtsgeschäfte*, 1897.

(1) Schlossman, *Der Vertrag*, pp. 182-183, 270.

tion à l'interprétation, et autant dire que le juge doit, ou bien se contenter d'appliquer simplement le droit immobilisé dans la loi, ou bien se conduire d'après des données purement subjectives et individuelles : dans un cas comme dans l'autre, il n'y a pas de méthode juridique en tant qu'il n'y a pas de méthodes créatrices (1); c'est par l'introduction de ce principe d'idéal de justice, immanent à tout mouvement social, qu'on pourra reconnaître la partie sociale et la partie individuelle dans le droit; et si le droit, comme on l'a dit tant de fois, tend depuis quelques temps à une

(1) Saleilles, *Déclaration de volonté*, art. 138, nos 44, 64, 71, 80, 84; — Art. cit. (*Bul. de la Soc. de législation comp.*, 1900, p. 398-404); — *Introd. à l'étud. du dr. civ. allem.*, n° 10; — Art. cit. (*Annales de dr. com.*, 1892, p. 293 et suiv.); — *Les méthodes d'enseign. du dr. et l'éducation de la jeunesse* (*Rev. intern. de l'enseign.*, 1902, p. 315-329); — *Ecole historique et dr. nat.* (*Rev. trim.*, 1902, p. 87 et suiv.); — Comp. Korkounov, *op. cit.*, p. 80; — Alvarez, *op. cit.*, p. 188; — Charmont, *Renaissance du dr. nat.*, p. 217; — Duguît, *op. cit.*, p. 114 et suiv., 422, 466; — Lambert, *Fonction du droit civil comparé*, p. 815-816; — Saleilles, *Individualisation de la peine*, 1893, p. 163; — *Rev. intern. de l'enseign.*, 1892, t. XXII, p. 44, 45; — G. Renard, *Méthode d'étude de la question sociale* (*Rev. socialiste*, 1897, t. I, p. 137); — G. Richard, *La philosophie du dr. au point de vue sociologique* (*Rev. philos.*, 1906, t. I, p. 86), — Demogue, *op. cit.*, p. 21-23; — Tanon, *op. cit.*, p. 42; — Gény, *op. cit.*, p. 484-485, 582; — Ch. Lyon-Caen, *Rev. intern. de l'enseign.*, 1889, t. X, p. 352, 353; — Al. Lévi, *op. cit.*, p. 184 et suiv.; — Romagnosi, *Assunto primo della scienza del diritto naturale* (dans *Opere ri ordinate ed illustrate da Alessandro de Giorgi*, vol. III, p. 638); — Regelsberger, *Pandekten* t. I, 1893, p. 71-72; — O. Gierke, *Deutsche Privatrecht*, t. I, 1895 p. 120-121.

socialisation, c'est l'idéal de justice objectivé par rapport à chaque époque, qui déterminera la part intangible, qui restera et qui doit rester au droit individuel.

45. Tel est le système de M. Saleilles ; imbu d'un esprit purement pratique, cherchant à concilier la vie toujours mouvante de la Société avec l'esprit conservateur du droit et ses besoins de sécurité, il nous offre le meilleur mode de cette adaptation continuelle des textes morts à la réalité vivante. Pratique par essence, le droit doit toujours être recherché par un raisonnement de « la réalité à la réalité et non pas de la réalité à la figure, ou de la figure à la réalité », comme écrivait Montesquieu (1) ; comme on ne peut pas transformer la réalité en une pure abstraction, il fallait introduire un peu de cette vie mouvante dans l'abstraction des principes des textes légaux, et M. Saleilles, tout en gardant les garanties nécessaires contre les conceptions subjectives, nous donne la vie des textes par l'introduction du but de chaque institution.

46. Et, si l'on veut jeter un regard en arrière sur le chemin parcouru, dans toutes les nouvelles tendances contemporaines, on peut se rendre compte que, dans la pensée de leurs auteurs, « un concept juridique est, en termes mathématiques, fonction de la réalité sociale ou politique » (2), et, du moment que l'équilibre entre les vieux textes du Code et la réalité

(1) Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XXIX, chap. xvi.

(2) J. Cruet, *Vie du droit*, p. 189.

sociale n'existe plus, il fallait chercher le moyen pour le rétablir. Ils pressentaient bien, les juristes contemporains, qu'un abîme commençait à se creuser entre « l'arche sainte » du Code et la vie juridique, que la jurisprudence s'éloignait de plus en plus des principes fixés, que les subterfuges qu'elle employait bien souvent pour éluder les textes n'étaient que le signe trop suggestif des hésitations entre deux partis à prendre : le respect de la loi et la satisfaction des besoins nouveaux ; en cherchant la possibilité d'une conciliation entre les textes et la vie jurisprudentielle du droit, ils ont tous fait œuvre de technique. En tant que la technique elle-même n'est que la méthode à introduire dans la recherche juridique en vue d'une adaptation continuelle du droit aux besoins toujours nouveaux, les systèmes dont nous avons exposé les traits généraux y sont plus ou moins arrivés, en donnant une orientation plus ou moins certaine à la création juridique, soit pour la recherche doctrinale, soit pour la création législative.

Mais ce que ni l'école jurisprudentielle, ni le système de M. Gény, ni la méthode de M. Saleilles n'ont réussi à donner, ce qui enlève, même aux théories de ce dernier, une certitude, qui puisse fournir une orientation certaine à la création juridique, c'est une appréciation et une analyse des causes, qui peuvent produire les variations dans le droit, et creusent quelquefois des abîmes infranchissables entre le texte mort de la loi et la réalité

mouvante des intérêts en présence. Rechercher les causes qui peuvent influencer sur l'évolution du Droit, déterminer dans la limite du possible leur manière d'agir, ou, pour employer un terme plus précis, trouver le mécanisme (1) de l'évolution juridique, c'est préciser la portée de l'évolution, mieux mesurer et comprendre la distance, qui sépare la pensée immobilisée dans un texte de celle qui s'est développée et qui a varié au sein même de la vie sociale, et, par là même, délimiter le champ de la possibilité d'une création par voie législative. En ce sens-là découvrir les causes, chercher surtout à les surprendre dans la réalité de la pratique judiciaire même, c'est donner une base certaine d'orientation en vue d'une conciliation possible entre l'esprit trop conservateur de toute législation écrite et le « mobile » qui caractérise toute vie sociale.

C'est ce que nous allons essayer de démontrer dans les chapitres suivants : loin de nous l'idée de pouvoir être complets ; la matière est trop vaste pour pouvoir y mettre même toutes les bases d'une manière certaine. Ce que nous voulons tenter : c'est simplement l'indication du chemin que nous, ou d'autres, pourront suivre pour éclaircir ce problème si difficile et dont les horizons embrassent tout le développement du droit.

(1) Nous employons le terme *mécanisme* en dehors de son sens philosophique.

DEUXIÈME PARTIE

« On ne regarde les parties que pour juger du tout ensemble ; on examine toutes les causes pour voir tous les résultats ».

(MONTESQUIEU, *Esprit des lois*).

CHAPITRE PREMIER

LES CRISES ET LA VIE DU DROIT

SECTION I

LA CRISE GÉNÉRALE CONTEMPORAINE

Il y a un mot, dont l'écho, depuis quelque temps, se répercute dans toutes les directions de la connaissance humaine, qui se perpétue chaque année avec plus de force, que tout le monde prononce, et, ce qui est encore plus suggestif, auquel tout le monde croit : c'est *la crise*. Il y a une crise philosophique, comme il y a des crises économiques ; il y a des crises sociales et politiques, et, dans l'ordre subjectif, comme dans l'ordre objectif des phénomènes, tout le monde commence à être plus

ou moins convaincu que la crise est une nécessité, ou, si l'on préfère, une conséquence nécessaire des temps présents (1).

1. En effet, dans le domaine de la science [positive, un grand mathématicien écrit que « la science est un système de relations » (2), et un philosophe, cherchant à pénétrer l'esprit scientifique contemporain, nous affirme que « la science n'est qu'un ensemble de procédés destinés à classer les phénomènes, à nous les représenter commodément » (3). On est allé même jusqu'à dire que « la science n'est faite que de conventions, et c'est uniquement à cette circonstance qu'elle doit son apparente certitude », et ceux mêmes qui gardent encore une confiance dans l'exactitude de la science positive ne peuvent que nous dire, que, si les lois scientifiques ne sont pas des « créations artificielles », si elles ne sont pas contingentes, « il nous est impossible de démontrer qu'elles ne le sont pas (4) » : voilà la crise.

2. Dans la philosophie générale, l'esprit unitaire, inhérent à l'intelligence humaine, se heurte à des bar-

(1) Benjamin Kidd, *L'Evolution sociale* (Tr. P. L. Lemonnier, 1896, p. 1 et sv.) ; — G. Sorel, *Morale sociale*, 1899, p. 147.

(2) Poincaré, *Valeur de la science*, p. 266 ; comp. p. 265.

(3) Payot, *La Croyance*, p. 62, 104 ; — comp. Nietzsche, *Le Gai savoir*, p. 96, 101-102 ; — H. Lichtenberger, *la Philosophie de Nietzsche*, p. 173 ; — Bergson, *Evolution créatrice*, p. 295-296, *passim*, p. 225.

(4) Poincaré, *op. cit.*, p. 9 : av. sur les théories de M. Le Roy, *ibid.*, p. 214 et sv.

rières infranchissables créées par la variabilité et la complexité de plus en plus grande de la connaissance humaine contemporaine : la spécialisation dans le domaine de la connaissance humaine a atteint son point culminant ; chaque spécialiste veut une philosophie pour soi, qui puisse résoudre tout le problème général. « Ils engendrent à l'intérieur de leur sphère spéciale des systèmes d'idées clos ; puis, avec ces systèmes d'idées, ils franchissent les limites de cette sphère et prétendent maîtriser toute la réalité » (1) ; et, s'il y a un phénomène peut-être plus inquiétant encore, la vérité, elle-même, perd de sa valeur : il n'y a plus de vérité unique, mais chacun considère pour soi sa vérité (2). Tout ce désarroi nous laisse l'impression du rêve qu'eut le saint homme Giovanni dans le « Puits de Sainte-Claire » d'Anatole France : Giovanni, qui allait subir le martyr pour la confession de « l'immuable et blanche vérité », à la veille de son exécution, eut la vision, dans un rêve, d'une grande roue composée d'une multitude d'hommes ; chacun affirmait la vérité et, pour chacun, elle était d'une autre couleur. Devant la désolation du saint homme de ne jamais pouvoir découvrir une seule et stable vérité, la roue se mit à tourner et, de toutes les couleurs, de toutes les vérités apparut une seule :

(1) Rudolf Eucken, *Les Grands courants de la pensée contemporaine*, p. 5.

(2) *Ibid.*, p. 396.

elle était blanche et c'était l'immuable vérité (1). Pour les philosophes cette possibilité de combinaisons ne leur paraît même pas réservée, car « il est à craindre qu'il n'y ait aujourd'hui trop de sciences diverses pour qu'une philosophie soit possible, » et c'est là la crise de la philosophie (2).

3. Crise dans l'ordre économique? — Mais on ne considère plus les crises comme des maladies de l'organisme économique : « il serait plus vrai de voir dans les crises un phénomène normal, nécessairement lié à l'organisation économique, et se reproduisant, par une loi rythmique, périodiquement », nous affirme M. Gide (3) ; l'école socialiste-collectiviste est allée encore plus loin, et elle a affirmé que les crises sont la conséquence de l'organisation économique contemporaine, qu'elles vont se produire de plus en plus souvent, qu'elles seront de plus en plus graves, jusqu'à ce qu'elles viennent rétablir une valorification dans l'ordre économique, qui soit l'équivalent des valeurs nouvelles créées dans l'ordre social par le progrès réa-

(1) La comparaison est faite aussi par M. Lambert dans l'*op. cit.*, p. 799-800, à propos des divergences sur la coutume.

(2) G. Rageot, *Les Savants de la philosophie*, Paris, 1908, p. 3 et sv. ; — Comp. A. Rey, *La Philosophie moderne*, Paris, 1908, p. 358-359 ; — H. Blondel, *Les Approximations de la vérité*, Paris, 1900, p. 235-236 ; — R. Eucken, *op. cit.*, p. 5 et sv. ; 527-528 (*conclus*).

(3) Gide (Ch.), *Principes d'économie politique*, Paris, 1908, p. 155.

lisé depuis une centaine d'années (1) ; ce qui revient à dire : qu'il y a eu un changement de valeurs dans l'ordre social, qu'il y a eu surtout des valeurs nouvelles qui se sont créées par l'évolution sociale contemporaine, que ce changement a sa répercussion dans l'ordre économique, et que les crises ne cesseront qu'alors que les valeurs nouvelles trouveront leur place dans l'organisme économique. Les crises économiques et la crise sociale contemporaine s'enchaînent ainsi, sans qu'on puisse trancher l'une sans l'autre, et, à ce point de vue, les socialistes-collectivistes ont peut-être raison de dire que, par la force des choses, les crises vont devenir de plus en plus graves en tant qu'elles ne sont, d'une manière générale, que la conséquence plus ou moins lointaine de la crise sociale. Et personne ne conteste plus aujourd'hui, qu'au moins en Europe, la crise sociale ne soit pas en plein développement.

Qu'on interroge les individualistes ou les socialistes, avec toute la discordance de leurs systèmes, les interventionnistes ou les libéraux, en tant que la doctrine libérale existe encore sous sa forme pure, tous sont d'accord à affirmer que, dans l'ordre social, de graves modifications se sont produites depuis une centaine d'années, que la crise sociale est en plein essor, que, dans l'époque actuelle, plus que dans aucune autre

(1) Bourguin, *Les systèmes socialistes et l'évolution économique*, édit. 1904, p. 45 et sv. ; — Gide, *op. cit.*, p. 156.

époque de l'humanité, l'avenir n'a pas été plus énigmatique : « c'est la conséquence de trop de causes, la suite d'une ère de métamorphoses trop profondes et trop brusques, pour pouvoir apprécier toute l'étendue des effets » (1).

4. Crise morale ? — Mais elle est générale et tend à se généraliser encore. En 1909, M. E. d'Eichatl écrivait à propos d'un livre de M. Fouillée : « En réalité il y a, je crois, en France, peut-être pour notre malheur, plusieurs Frances morales, qui se combattent, se paralysent ou se poussent l'une l'autre aux excès. Et ce pourrait bien être là le vrai mal moral, ou la vraie crise morale, dont il faudrait chercher à la fois les causes historiques et les remèdes possibles » (2). Et peut-être n'y a-t-il rien de plus significatif que l'opposition entre deux systèmes moraux qui ont été soutenus à peu près vers la même époque : le système de Tolstoï et celui de Nietzsche. Tolstoï (3) nous donne une morale évangélique, qui peut se réduire en une seule phrase : « N'employer

(1) Bourguin, *op. cit.*, *introd.*, p. X ; — G. Weill, *Histoire du mouvement social en France*, 1852-1910, *passim*, surtout p. 447 et suiv. ; — G. Le Bon, *Psychologie politique*, p. 285-300 ; — Paul Gaultier, *l'Idéal moderne*, avant-propos et *passim*, p. 207 et suiv. ; — Rudolf Eucken, *op. cit.*, p. 364 et suiv., et surtout p. 417 ; P. Pic, *Législation industr.*, 1909, n° 13 et suiv., p. 8-11.

(2) Eug. d'Eichatl, *Pages sociales*, p. 274 (sur A. Fouillée, *La France au point de vue moral*, Paris, 1900).

(3) J. Bourdennu, *Les Maîtres de la pensée contemporaine*, 1904, p. 134, 147 et suiv. ; — G. Dumas, *Tolstoï et la philosophie de l'amour*, Paris, 1893.

contre le mal aucune violence » ; c'est la morale de l'amour, de la pitié, de la charité, c'est la morale traditionnelle, ressuscitée dans un temps qui n'est plus le sien. Tout à rebours, Nietzsche (1) préconise la morale des combattants ; bonté, pitié, vertu, Dieu chrétien même, ne sont que des valeurs morales faites pour des esclaves, pour ceux qui souffrent et qui veulent souffrir, pour ceux qui ne sentent pas en eux la « volonté de puissance » (Wille zur Macht) ; s'il y a eu un temps où ces valeurs morales pouvaient être défendues, aujourd'hui il faut les « transvaluer », il faut exalter la ruse, la cruauté, la dureté, tout ce qui rend la vie plus intense et plus forte, tout ce qui lui rend une vitalité plus grande, car la vie n'est que l'instinct de puissance, ce qui veut « éternellement se surmonter soi-même », et il faut favoriser tout ce qui peut aider à développer son but ; les morales présentes ont fait leur preuve, elles n'ont réussi qu'à amoindrir la vie et non pas à l'accroître et, dès lors, marcher contre la morale traditionnelle s'impose : « vivre, cela signifie : repousser sans cesse quelque chose qui vient de mourir. Vivre, cela signifie : être cruel et implacable contre tout ce qui, en nous, devient faible et vieux, et non pas seulement en nous. Vivre, cela signifierait donc être sans pitié pour les ago-

(1) Bourdeau, *op. cit.*, p. 134 et suiv. ; — H. Lichtenberger, *la Philosophie de Nietzsche*, passim, p. 102 et suiv. ; — J. de Gaultier, *De Kant à Nietzsche*, 1905, p. 242 et suiv. ; — H. Höfding, *Les Philosophes contemporains*, p. 157 et suiv.

nissants, les misérables, les vieillards ? Etre sans cesse assassin ? et pourtant le vieux Moïse a dit : « Tu ne tueras point » (1), écrit Nietzsche dans un passage qui préconise toute sa morale. Peut-être, sans le suivre dans son exagération, avait-il un peu raison : ne voit-on pas partout une décadence morale qui n'est que la preuve trop évidente d'une crise générale de la morale traditionnelle ? Ne voit-on pas, à côté d'un nihilisme social, un nihilisme moral pour lequel « le bien et le mal, la beauté et la laideur, le vice et les vertus paraissent des objets de simple curiosité » (2) ? La crise morale est plus forte et plus significative que toutes les autres (3).

*
* *

SECTION II

LES CRISES DANS LES ORDRES MORAL ET ECONOMICO-SOCIAL ET LE CONCEPT DE « VALEUR »

5. Ce n'est pas à nous à rechercher les causes qui ont produit dans la pensée contemporaine, depuis une centaine d'années à peu près, ce désarroi qu'on appelle

(1) Nietzsche, *le Gai savoir* (trad. franç., H. Albert), p. 74, av. p. 170.

(2) Av. la si belle préface de P. Bourget, *Le Disciple*, surtout p. IX-X.

(3) Rudolf Eucken, *op. cit.*, p. 5.

d'un nom générique, la crise. Mais, en tant que, comme nous allons le voir, il y a aussi une crise juridique, trop influencée par le courant général de la pensée contemporaine, bornons-nous, avec le risque de dépasser le cadre de notre travail, tout en ayant la conviction que cette digression ne sera pas sans aucune utilité, à faire de simples constatations qui nous permettront de mieux comprendre l'évolution de la vie juridique actuelle, peut-être de mieux découvrir les causes des changements qui s'y sont produits et de trouver le mécanisme qui puisse en aider l'interprétation.

6. En effet : crise morale, sociale, économique, philosophique, crise de la science même, — à première vue, on pourrait croire qu'on va se perdre dans ce désarroi général de la pensée contemporaine, sans pouvoir trouver aucun fil conducteur qui puisse faciliter la découverte des causes. Pourtant, à scruter de plus près tout ce qui a produit la grande crise, on pourrait bien s'apercevoir d'une différence de conception dans la base même de toute la connaissance humaine : on ne cherche plus des vérités absolues, ni dans le domaine scientifique positif, ni dans le domaine moral ou social, mais des vérités utilitaires, des vérités « commodes » (1) ; toute connaissance représente une valeur non pas par elle-même,

(1) H. Poincaré, *Science et Hypothèse*, 1900, *Valeur de la science* ; — G. Rageot, *Les Savants et la philosophie*, p. 65 et suiv. ; — Ab. Rey, *op. cit.*, p. 329 et suiv. ; — Comp. H. Bergson, *op. cit.*, p. 297-325, 356-357, 361-364, 398.

mais par son application pratique : Le but à atteindre au point de vue pratique, et sa réalisation possible, forment la seule base de toute la connaissance humaine dans les temps contemporains ; ce n'est plus la pensée qui doit avoir la prétention de gouverner l'action, mais l'action qui gouverne la pensée.

Dès lors, en tant que toute connaissance n'est qu'une valeur, en tant qu'elle n'est appréciée qu'au point de vue de la commodité pratique qu'elle peut créer, il s'en suit, que toute évolution, ou avec un terme plus générique, toute transformation dans la connaissance, n'est qu'une transformation dans la valeur, qu'on lui attribue ; plusieurs connaissances, quoique divergentes dans leur forme et leur contenu peuvent être à la fois vraies, à la fois exactes, du moment que leur valeur, au point de vue utilitaire, les conduit au même résultat pratique à atteindre. D'autre part, surprendre les causes d'une transformation dans la connaissance, et dans ses manières de juger les phénomènes, soit externes, soit internes, c'est chercher par où, et dans quelle mesure, un déplacement s'est opéré.

Nous le répétons ce n'est pas à nous de construire un système qui puisse expliquer la cause générale de la crise actuelle ; mais, si, dans le domaine scientifique, nous nous bornons à de simples renvois (1) à l'appui

(1) Avec la note 2 de la page précédente, *adde* : Ernest Mach, *La Connaissance et l'erreur* (trad. Dufour), p. 114 et suiv., 124, 386-388 ; — J. de Gaultier, *op. cit.*, p. 255. Si l'on veut une idée

de l'idée que nous avons essayé de nous faire de cette cause générale, — dans le domaine des sciences morales, il nous est imposé de nous expliquer un peu plus clairement.

7. Ordre social, ordre moral, ordre juridique n'existent pas déterminés dans leur nature et leur forme d'une manière absolue, mais ce sont des arrangements contingents dans le temps et l'espace ; en d'autres termes, il n'y a pas de morale, ni d'économie, ni de société ni de droit en soi, il n'y a que des appréciations, des évaluations morales, économiques, sociales ou juridiques. « Nous sommes tous des êtres évaluateurs » écrivait M. Picard dans un ordre d'idées plus restreint (1), et cette pensée pourrait bien, croyons-nous, s'appliquer à toute la connaissance humaine. « Le développement détaillé du monde d'idées est déterminé principalement par les jugements de valeurs » (2), et ce sont ces juge-

synthétique, un peu plus précise, sur le déplacement de valeur opéré dans le domaine de la science positive, on peut affirmer avec M. Bergson (*op. cit.*, pp. indiqu. à la note 1 de la page 155), que, toute la grande différence entre la science moderne et la science antique consiste dans une valeur plus grande qu'on a accordée au concept de « temps et durée réelle ». En effet : « la science antique croit connaître suffisamment son objet quand elle en a noté des moments privilégiés au lieu que la science moderne la considère à n'importe quel moment » (Bergson, *op. cit.*, p. 357). La crise s'est produite au moment où on a pu voir qu'on ne peut pas trouver des concepts qui puissent s'introduire en n'importe quel moment du temps.

(1) Ed. Picard, *Le Droit pur*, p. 217 ; — comp. p. 224.

(2) R. Eucken, *op. cit.*, p. 26.

ments, ces évaluations qui, synthétisées, vont produire les trois ordres dont nous venons de parler. Dès lors, introduire le concept de valeur dans les sciences morales, c'est se rendre compte tant de leur variation, que de la mesure et de la portée des transformations elles-mêmes.

Moral ou immoral, social ou antisocial, économique ou antiéconomique, juste ou injuste (ou si l'on préfère, plus spécifiquement, juridique ou antijuridique), tous ces jugements ne sont que des évaluations faites par notre esprit, et qui, comme tels, vont varier dans l'espace et le temps : *analyser pour se rendre compte de l'état, dans une époque quelconque, de l'ordre moral social, économique ou juridique, ce n'est que constituer la table des valeurs de cette époque-là*. La pensée moderne, surtout dans le domaine des sciences morales et sociales, tend vers une théorie des valeurs comme base de tout ordre soit intérieur soit extérieur (1) ; dans ces sciences, imbues, dans leur fondement, d'un but

(1) Ab. Rey, *op. cit.*, p. 357-358 ; — R. Eucken, *op. cit.*, p. 24 et sv. ; — Höfding, *Morale*, p. 141-142, 237-239 ; — *Philosophes contemporains*, p. 123 et sv. ; — A. Fouillée, *Morale des idées forces*, 1908, *passim*, surtout p. 66-67 ; — Alexandre Lévi, *op. cit.*, p. 144, 189 et sv. ; — H. Rolin, *Prolégomènes à la science du dr.*, Paris, 1911, *passim*, p. 11-12 ; — Benedetto Croce, *Filosofia della pratica : Economica ed Etica*, Bari, 1909, p. 309-311, 354, 223, 263-264 ; — Meinong, *Psychologisch-ethische Untersuchungen zur Wert-Theori*, 1894 ; pour une esquisse du concept de valeur dans les temps contemporains, Münsterberg : *Philosophie der Werte*, 1908 (av. surtout la Préface).

purement pratique, en tant qu'elles tendent toutes à une fixation de normes pour l'action humaine, appréciée à différents points de vue, le réel devient objet d'appréciation et de conviction (1).

8. En effet : dans le domaine moral on fait de plus en plus des concessions à la morale individuelle, on se réfère de plus en plus à la conception subjective de l'idée morale de chacun, on ne cherche plus une morale universelle, mais, même quand on veut faire des généralisations, on utilise les conceptions individuelles ; « aucune révélation, aucun axiôme rationnel ne commandent à l'homme ce qu'il doit faire. Rien en soi n'est bien, rien en soi n'est mal » (2). En d'autres termes, même si l'on veut généraliser l'idée morale, on doit l'établir sur une série de rapports entre les conceptions individuelles ; la conscience individuelle, ou, si l'on préfère, l'appréciation valorifique que chacun crée dans le domaine de son action morale, doit être la « suprême autorité, le suprême législateur » (3). Qu'on admette même une séparation entre la morale indivi-

(1) Alex. Lévi, *op. cit.*, p. 147-148 ; — R. Eucken, *op. cit.*, p. 333-334 ; — Ab. Rey, *op. cit.*, p. 312 et sv. — Av. sur l'application à l'histoire : Arvid Grotenfet, *Die Wertschätzung in der Geschichte* 1903, et *Geschichtliche Wertmassstäbe in der Geschichts-philosophie bei Historikern und im Volksbewusstsein*, 1905.

(2) Jules de Gaultier, *op. cit.*, p. 231 ; — Comp. p. 241.

(3) Höffding, *Morale*, p. 73-74, 134 et sv. ; — Comp. *Les Philosophes contemporains*, sur J. M. Guyau, p. 130 ; — J. M. Guyau, *L'Art au point de vue sociologique*, p. 375.

duelle et la morale sociale, l'idée d'évaluation, d'après un critère changeant dans le temps et l'espace, reste quand même acquise et certaine. Par conséquent : parler d'une idée morale, c'est faire l'appréciation de l'action humaine au point de vue d'un idéal de conduite, et par là même, implicitement, en admettant l'idée de valeur, on accepte l'idée de changement ; fixée par la conscience individuelle, transmise d'une conscience à une autre par des similitudes d'états psychiques, et perpétuée par la tradition, l'idée morale peut se transformer dans une norme générale de conduite, et, par là, dans un impératif moral : la table des valeurs est faite. Mais, en tant que cet impératif catégorique a toujours son affirmation la plus profonde dans la conscience individuelle, tout changement opéré dans cette conscience va influer sur la table des valeurs morales traditionnelle : la discordance entre la table des valeurs anciennes et la nouvelle, qui est en train de se former, amène nécessairement avec elle la crise. La *transvaluation de toutes les valeurs* de l'œuvre morale de Nietzsche n'est que le reflet de la crise morale actuelle.

9. Sous une autre forme, mais pour les mêmes causes, se produit la crise économique et sociale. En effet, en tant que la satisfaction des « besoins de l'homme est le moteur de toute activité économique », l'appréciation de ces besoins, pour établir leur degré de préférence, forme la base de toute science économique (1), et, considérant

(1) Gide, *op. cit.*, p. 39 et sv., 50 et sv.

que cette science, comme toutes les sciences sociales d'ailleurs, poursuit la recherche de la possibilité d'un équilibre entre les intérêts, il s'en suit que, chercher à établir des lois économiques, ce n'est autre chose qu'établir un classement des besoins de l'homme d'après « le degré de leur désirabilité », en vue de leur équilibre. Le degré de désirabilité, en dehors de toute idée d'échange (qui ne fait que compliquer le problème), est le point d'appui de toute appréciation économique, et, par là même, le seul, fondement réel de la théorie de la valeur. Dès lors, on comprend pourquoi cette valeur « n'est pas une qualité intrinsèque des choses » (1), et on peut mieux s'expliquer la relativité de toute idée de valeur, en tant qu'elle est fonction des besoins de l'homme, besoins variables par leur nature même (2); et on comprend encore, pourquoi, chercher l'ordre économique, ce n'est que fixer sous la forme d'une équation, constante quant à sa forme, mais variable quant à son contenu, la possibilité d'un équilibre entre les intérêts. Qu'on se rattache à la théorie de l'utilité finale, ou à celle du travail, pour expliquer la cause de la valeur d'échange, même, on rencontre la même idée d'une appréciation subjective (3), et, par conséquent on arrive toujours à la même conclusion, que, découvrir

(1) Al. Schatz, *Individualisme économique et social*, p. 151-152; — Gide, *op. cit.*, p. 51

(2) A. Landry, *Manuel d'économie*, 1908, p. 70-75.

(3) Gide, *op. cit.*, p. 66; — Schatz, *op. cit.*, p. 66.

l'ordre économique c'est, sous une forme générale, montrer l'idée qu'on s'en fait. Toute crise dans l'ordre économique ne sera que la discordance entre l'idée qu'on se faisait de l'équilibre économique et celle qu'on s'en fait (1) ; ou, pour employer les mêmes paroles que pour la crise morale, la crise économique est la discordance entre la table des valeurs ancienne et la nouvelle qui vient de se former : c'est aux économistes à montrer les causes qui modifient la table de valeur ; nous décrivons simplement l'aspect sous lequel se présente la crise, en tant que cet examen peut nous servir, et ils ne peuvent pas le contester.

10. La vie des sociétés, au point de vue de l'organisation, n'est elle-même que l'idée d'ordre social qu'on se fait à un moment donné du temps. L'idée d'équilibre dans l'ordre social ou, si l'on préfère, la paix sociale, but de toute organisation, est fonction, en termes mathématiques, de la valeur qu'on donne aux individus ou à des catégories d'individus ; tant que la valeur qu'on leur a accordée correspond à la réalité des appréciations, l'équilibre existe, et la paix sociale en est sa forme. Mais, au moment où une catégorie d'individus, une catégorie sociale, par des transformations, dont les causes peuvent être recherchées par les sociologues, prend une valeur plus grande, que celle qui lui est accordée, dans

(1) Vilfredo-Pareto, *Manuel d'économie politique*, p. 531 ; — Laudry, *op cit.*, p. 534-540 ; — A. Lévi, *op. cit.*, p. 182-183.

l'organisation existante, l'équilibre est rompu et la lutte commence. Toute crise sociale n'est que la discordance entre la table des valeurs existante, représentée par une organisation politique, et les nouvelles valeurs qui se créent, et qui n'ont pas eu leur rôle déterminé dans l'équilibre antérieurement établi : chaque institution politique peut avoir son heure de légitimité, en tant qu'elle peut correspondre à un équilibre de valeurs sociales (1) ; et chaque mouvement dans l'ordre social n'est que la contre-partie d'une modification des valeurs, de leur classification ou, si l'on préfère, de leur hiérarchie (2).

La Révolution de 1789 n'est que la manifestation de la bourgeoisie, qui avait acquis une valeur trop grande par rapport au rôle qui lui était accordé dans l'organisation alors existante. « La Révolution avait été la révolte des marchands citadins et des paysans contre les hobereaux ruraux, l'insurrection de la propriété née derrière les comptoirs, contre la propriété du seigneur : à la hiérarchie des privilèges féodaux et ecclésiastiques, s'oppose un droit roturier de liberté commerciale » écrit, M. Leroy (3) ; c'est pour avoir négligé la valeur de plus en plus grandissante de la bourgeoisie, du tiers état, que la

(1) H. Michel, *L'idée de l'Etat*, p. 457-458 ; — Comp. Aug. Comte, *Cours de philos. posit.*, édit. Littré, t. IV, p. 672 et sv., p. 705 et sv. ; — Comp. J. Cruet, *Vie du droit*, p. 102 et sv.

(2) Comp. Arthur Bauer, *Essai sur les Révolutions*, 1908.

(3) Leroy, *Le code civil et le droit nouveau*, 1904, p. 25 ; — Comp. Schatz, *op. cit.*, p. 352.

monarchie s'écroule pour faire place au gouvernement révolutionnaire. La Révolution de 1848 est l'affirmation de la valeur de la classe ouvrière, de la valeur du travail, et la proclamation du gouvernement en est la preuve : « le gouvernement provisoire de la République Française s'engage à garantir l'existence de l'ouvrier par le travail ; il s'engage à garantir du travail à tous les citoyens, il reconnaît que les ouvriers doivent s'associer entre eux pour jouir du bénéfice de leur travail » (25 février 1848). La lutte sourde menée continuellement en France par les ouvriers achemine peut-être vers une nouvelle Révolution pour une affirmation plus radicale encore de la valeur de cette classe.

Une conclusion s'impose donc dans l'ordre social : toute lutte et tout mouvement sociaux ne sont que l'affirmation de la création de nouvelles valeurs, qui ne trouvent pas leur place dans l'ordre établi et cherchent à dépasser les limites qui leur ont été imposées ; « l'ordre public existe lorsqu'il y a harmonie entre les actes et les principes, il est violé lorsque cette conformité n'existe plus », disait un arrêt (1).

11. Mais, envisagés chacun dans son domaine propre les trois ordres moral, économique et social ne se présentent jamais dans la vie séparément : il y a un enchaînement continu entre eux, une sorte d'engrenage

(1) Sirey, 1853-1-52. Comp. M. Leroy, *op. cit.*, p. 18 ; — Ed. Picard, *op. cit.*, p. 218 ; — Alex. Lévi, *op. cit.*, p. 186.

entre les valeurs représentées par chacun d'eux, — et les déplacements de valeurs qui s'opèrent à chaque moment d'un domaine dans un autre, compliquent l'évolution sociale. Influence morale surtout sur les deux autres domaines, déplacement de valeurs morales dans l'ordre économique ou social, influence des évaluations sociales sur l'ordre économique, toutes s'engrènent dans un tout et, préparant le déséquilibre, amènent lentement la crise. Et, nulle part mieux que dans le droit, lui-même science sociale, ne peut s'observer ce déplacement continu de valeur amenant avec lui les grandes transformations qui changent quelquefois de fond en comble tout l'organisme juridique.

*
* * *

SECTION III

LE DROIT COMME VALEUR MORALE ET ÉCONOMICO-SOCIALE

12. Licite ou illicite, ou, si l'on veut, en élargissant les termes [(pour admettre la différence que M. Lévi établit entre le licite et le juste (1)], juste et injuste ne sont en réalité, en dehors de toute loi écrite, que la traduction, dans la pratique des opinions, de l'idée qu'on se fait à un moment donné du temps de l'équilibration possible entre les intérêts en présence; en d'autres termes, dire

(1) A. Lévi, *op. cit.*, p. 175, 345 et sv, 356.

qu'une action est licite ou illicite, c'est affirmer qu'elle se trouve ou ne se trouve pas d'accord avec l'idée qu'on se fait du rapport entre les intérêts en vue d'une coexistence sociale, ou, si l'on préfère, c'est affirmer que « les éléments de fait de toute organisation juridique portent en soi les conditions de leur équilibre, et découvrent, pour ainsi dire, eux-mêmes la norme qui les doit régir » (1). Dès lors, chercher l'ordre juridique, régnant à une époque quelconque, c'est implicitement établir une table de valeurs des intérêts, en gardant toujours comme base de recherche les évaluations plus ou moins générales qui sont dictées par l'idéal moral et social de l'époque même : tout changement dans l'ordre juridique ne sera alors que l'effet plus ou moins lointain des changements opérés dans la table des valeurs morales ou sociales.

13. En effet : le droit, qui, comme nous l'avons dit, est un équilibre des intérêts en vue d'une coexistence sociale, en tant qu'ensemble « d'utilités et de moyens pour les atteindre », est économique et social par son contenu et, en tant qu'« imposition de certaines règles aux actions humaines, en écartant d'autres possibilités d'agir, « est moral quant à sa forme (2) » ; il résulte, dès lors, de la nature même du droit qu'il doit se trouver, inévitablement, dans une liaison constante avec l'ordre moral et économique-social.

(1) GénY, *op. cit.*, p. 469.

(2) Al. Lévi, *op. cit.*, p. 176.

14. D'autre part, comme le droit, dans son ensemble, n'est que la mise en œuvre de la coexistence sociale, et, comme toute existence, tant individuelle que sociale, sous la poussée des besoins de la vie, voulant les satisfaire, et ne pouvant y arriver que par des créations de valeurs qui puissent servir ces besoins, tend à une création continuelle de valeurs, — le droit ne sera que l'organisation des valeurs en vue de leur coexistence (1); mais, *dire valeur, c'est implicitement dire appréciation, et par là, variation, — et constater une évolution du droit, c'est affirmer une transformation dans le jugement de ces valeurs.*

Séparés pour un instant, les trois ordres moral, éconómico-social et juridique se rencontrent de nouveau sur le terrain de l'appréciation des valeurs comme fondement de leur manière d'exister : tandis que les deux premières peuvent exister dans l'état individuel, en tant qu'ils peuvent opérer par et pour la conscience individuelle seulement, — la valeur juridique ne peut se former que dans l'état social (2). Elle n'est qu'une appré-

(1) A. de Madey, *Essai d'une explication sociologique du droit*, Paris, 1911, p. 12 et sv. — Comp. Benedetto Croce, *Riduzione della philosophia del diritto à la philosophia dell'economia*, Naples, 1907 ; — Emmanuel Lévy, *Le Lien juridique* (*Rev. de méthaph.*, 1910, p. 823-830).

(2) A. Lévi, *op. cit.*, p. 162 et sv., 173 ; — Comp. Benedetto Croce, *Filosofia della pratica : Economica ed Etica*, p. 327-331 ; — H. Höffding, *Morale*, p. 481 et sv. ; — Korkounov, *Théorie générale du droit*, p. 52 et sv., surt. p. 58 ; — Gide, *op. cit.*, p. 47-50.

ciation d'une action humaine dans ses rapports avec les autres, en vue d'un équilibre nécessaire à toute organisation sociale.

De ce que nous venons de dire, il résulte : d'une part, que tout droit n'est qu'une valeur sociale ; de l'autre, qu'il doit se trouver dans une corrélation constante avec la table des valeurs morales et économique-sociales. Dire avec M. Lévi que le droit est « le *minimum* de moralité qui soit imposé et le *maximum* d'utilité qui soit toléré » (1), ou avec M. Géný que « le droit positif se présente à nous comme une mise en valeurs des sciences morales et politiques » (2), c'est exprimer d'une manière concise les deux résultats auxquels nous sommes arrivés.

*
* *

SECTION IV

L'ÉVOLUTION DU DROIT ET LE DÉPLACEMENT DE VALEURS

15. Dès lors, toute l'analyse que nous avons faite, tant des causes de la crise morale, que de celles de l'ordre économique-social, trouve sa place bien déterminée dans notre travail ; tout changement dans la vie du

(1) A. Lévi, *op. cit.*, p. 179.

(2) Géný, *op. cit.*, p. 590 ; — Comp. Saleilles, *Ann. d. dr. com.*, 1897, p. 48 ; 1890, p. 39-40 ; 1891, p. 219 et sv. ; 1892, p. 290 ; *Rev. intern. de l'enseign.*, 1890, t. I, p. 482 ; 1891, t. II, p. 44-45 ; *Rev. trim. de dr. civ.*, 1902, p. 96.

droit ne sera qu'une répercution, soit par contre-coup des déplacements des valeurs dans les éléments mêmes des ordres moral et économique-social, soit directe par un déplacement de ces deux ordres-ci, dans le domaine du droit.

16. En tant que le droit représente le minimum éthique d'une époque, le minimum de moralité nécessaire à la coexistence sociale, il s'en suit, que, toutes les fois qu'un principe moral gagnera en valeur, toutes les fois que son appréciation lui accordera une valeur plus grande, il exercera sa répercussion sur le droit, en tant que le minimum de moralité nécessaire à la vie sociale sera lui-même modifié ; toute lutte morale commence dans les consciences individuelles pour finir par une victoire ou une défaite sur le terrain de la conscience collective ; la victoire, gagnée sur le terrain de la morale sociale, trouve nécessairement sa répercussion dans la vie juridique et se traduit par une modification des principes du droit. Bentham avait écrit avec beaucoup de raison : « la première chose que doit savoir un homme d'Etat, c'est que la législation est une science de calculs moraux » (1). La marche évolutive, qui transforme au sein de la vie du droit la licéité et l'illicéité des actions humaines, n'est que l'affirmation d'une victoire ou d'une

(1) Bentham, *De l'influence des temps et des lieux en matière de législation* (*Œuvres*, t. I, p. 271) ; —¹ Comp. Vander Eycken, *op. cit.*, p. 76 et sv.

défaite morale (1). Toute l'évolution suivie dans les théories de l'égalité, de la liberté, de la puissance paternelle, par certains côtés dans la théorie contemporaine de l'abus du droit, et en tant d'autres parties sont des preuves certaines, comme nous allons le voir d'ailleurs, de ce que nous venons de dire (2); d'une manière générale une différenciation progressive se manifeste entre le droit et la morale, une « dépotention » de l'obligatoire moral dans le licite juridique ; et, pour caractériser tout le courant, nous pouvons dire, avec M. Lévi, « l'axe du monde juridique se déplace; tandis qu'autrefois tout ce qui n'était pas expressément permis était défendu, le pivot du droit moderne est que tout ce qui n'est pas expressément défendu est permis. L'histoire du droit est une conquête de libertés » (3). Quelquesfois c'est la lutte lente, calme, pour la conquête de nouvelles valeurs morales, qui se répercutent par des retouches insensibles dans le droit; d'autres fois, soit parce que le niveau du droit positif es trop bas, soit parce que l'exigence morale est trop élevée, une explosion subite devient

(1) A. Lévi, *op. cit.*, p. 171-173 ; — Comp. Saleilles, *Déclaration de volonté*, p. 270 et sv. ; — *Rev. trim.*, 1902, p. 97.

(2) Charmont, *Abus du droit*, p. 183 et sv. — Porcherot, *Abus du dr.*, p. 8 et sv. ; — Saleilles, *Théorie de l'obligation*, 11^e éd., p. 343, 370 ; — Ed. Picard, *op. cit.*, p. 189 ; — J. Cruet, *op. cit.*, p. 125 et sv. ; — Thaller, *Rapport sur la revision du code civ. (Bull. de la Société d'études législatives*, 1904, p. 485 et sv. ; — Sur la liberté av. Boistel, *Philosophie du droit*, p. 198-234, t. I.

(3) A. Lévi, *op. cit.*, p. 177.

nécessaire, et il se produit des révolutions morales, qui se répercutent par des crises dans le droit (1). *Toute crise, dans la vie du droit, est en grande partie l'effet de la lutte engagée dans le domaine moral pour la conquête de nouvelles valeurs, et le résultat final d'un combat qui s'engage pour le déplacement d'une valeur morale dans l'ordre juridique.*

17. Le même phénomène, sous la même forme et dans les mêmes conditions, se produit pour le déplacement des valeurs économiques. Etant donné que le droit, par l'équilibre qu'il établit entre les intérêts, en dehors du minimum éthique, représente un « maximum d'utilité toléré », il est évident que ce maximum variera d'après le poids plus ou moins grand qu'on accorde à certaines valeurs dans le domaine économique (2); d'autre part, comme nous l'avons déjà montré, les valeurs économique-sociales sont variables par leur nature même, en tant qu'appréciations de la conscience individuelle ou sociale; il suit de là, que toute variation dans la table des valeurs économique-sociales doit se

(1) Hoffding, *Morale*, p. 486 et sv. — Comp. Al. de Tocqueville, *L'ancien régime et la révolution*, 1857, liv. I, chap. III, p. 35-40; — Ed. Picard, *op. cit.*, p. 202 et sv.; — C. O. Bunge, *op. cit.*, p. 214. et sv.; — Boistel, *Philosophie du droit*, t. I, p. 137 et sv.; — E. Roguin, *La règle de droit*, p. 103 et sv.; — Saleilles, *Déclaration de volonté*, p. 281-283.

2) Comp. Roguin, *op. cit.*, p. 108-111.

répercuter sur la vie du droit et influencer sur les principes juridiques (1).

En effet, tout critère juridique n'est que « l'appréciation de la valeur sociale » qu'on accorde à une action humaine, ou, si l'on préfère, une évaluation de l'action humaine par rapport à la nécessité de la coexistence sociale (2), et, comme telle, variable avec l'opinion qu'on s'en fait. On a dit que le droit « ne tire pas son contenu de lui-même, il l'emprunte aux conditions, aux rapports réels de la vie sociale » (3). Mais, présentée sous cette forme, l'affirmation est trop générale, trop abstraite, malgré sa prétention d'apporter un réalisme dans le droit ; elle n'offre pas surtout un grand intérêt au point de vue de la méthode, en tant qu'elle n'indique ni une direction déterminée et certaine à suivre, ni un moyen sûr pour surprendre la mesure de la corrélation entre les deux ordres juridique et économique-social. Pourtant, en avançant un peu plus dans l'idée affirmée sous

(1) Comp. Tarde, *Transformations du droit*, p. 128, 154, 197 ; — Vander Eycken, *op. cit.*, p. 74 et sv. ; — pour le droit pénal : Jhéring, *Zweck im Recht* (trad. fr., p. 323) ; entre le droit pénal et le droit civil par l'influence de l'évolution morale et sociale, J. Cruet, *op. cit.*, 143-146 ; — A. Lévi, *op. cit.*, p. 329 et sv. Dans le droit romain : av. Girard, *Droit romain*, éd. 1901, p. 390 et sv. ; — Comp. d'une manière générale : Guq, *Les institutions des Romains*, t. I, p. 7-11, t. II, p. 82-83, 101-102, 137-138.

(2) A. Lévi, *op. cit.*, p. 169 et sv., 191, 352 ; — Gény, *op. cit.*, p. 155 ; — Stamler, *Wirtschaft und Recht*, 1896, p. 125, 135.

(3) Tanon, *Evolution du droit*, p. 42 ; — Picard, *op. cit.*, 257-258, 303 et sv. ; — Korkounov, *op. cit.*, p. 243.

cette forme générale, on peut dire, que le droit, par son contenu, en tant qu'équilibre d'intérêts, doit toujours être fonction mathématique de l'état économique et social, et, comme tel, il doit changer avec lui. D'autre part, comme nous l'avons déjà montré, tout ordre économique-social, à une époque quelconque, n'est qu'une table de valeurs, et toute transformation de cet ordre se réduit à des modifications dans l'appréciation des valeurs. Dès lors, il est clair que toute lutte, pour un changement de valeur dans les deux ordres économique et social doit se traduire par une crise dans la vie du droit ; plus encore, les luttes des classes sociales, pour conquérir de nouvelles places dans la table des valeurs, formée par l'organisation politique, se transportent bien souvent, sinon pas toujours, du terrain économique-social, sur le terrain juridique ; toute révolution économique ou sociale, en tant que notre argumentation est exacte, se transforme nécessairement en une révolution juridique : « la loi, c'est le nom juridique ou bureaucratique de la Révolution (1) », écrit avec raison M. Leroy. Suivre pas à pas les grands courants imposés par l'évolution sociale pour bien fixer la portée des principes juridiques, c'est la seule méthode qui s'impose dans la vie du droit ; comme moyen, employer la théorie des valeurs est la seule méthode qui se soutienne

(1) M. Leroy, *la Loi*, p. 94 ; comp. p. 9 et suiv. ; — A. Lévi, *op. cit.*, p. 192 ; — Picard, *op. cit.*, p. 218.

par elle-même, et la seule surtout d'une délimitation plus certaine. « Nature des choses positive », indiquée par M. Géný ; « politique civile », de M. Lambert et de quelques pandektistes allemands ; même « l'idéal de justice positive », de M. Saleilles, ce ne sont là que des termes qui n'indiquent que dans une mesure trop restreinte les courants à suivre et qui demeurent à peu près muets sur les moyens pour les atteindre. Nous-mêmes nous n'indiquerons jusqu'à présent que seulement la nature du courant à suivre, sans avoir découvert les moyens pour l'appliquer d'une manière réelle.

18. Nous maintenant sur le terrain du « droit pur », en dehors de toute législation écrite, nous sommes arrivés au résultat suivant : *toute transformation dans le droit se réduit, en dernière analyse, à un déplacement de valeur de l'ordre moral ou économique-social dans l'ordre juridique* ; toute crise dans le droit, et nous entendons, par le mot *crise juridique*, la discordance qui existe d'une manière réelle entre le droit positif et l'opinion qu'on s'en fait, n'est que le résultat d'une lutte engagée dans les deux autres ordres pour un déplacement de valeurs. En ce sens-là, nous reconnaissons que le droit se trouve dans une crise perpétuelle : « la marche réelle de la vie sociale ne coïncide jamais complètement avec le droit qui agit en elle » (1) ; toute

(1) Korkounov, *op. cit.*, p. 353 ; comp. Ed. Picard, *op. cit.*, p. 217-218, 225 ; — E. Lévi, *Le lien juridique* (*Rev. de métaphys.* 1910, p. 829) ; — C.-O. Bunge, *op. cit.*, p. 243 et sv. ; — Jhéring, *Kampf um's Recht*, 1887, *passim*.

crise juridique ne trouve pas sa cause dans le droit même, mais dans les mouvements moraux, économiques et sociaux ; le droit n'est que le terrain sur lequel doit nécessairement se terminer la lutte dans toute organisation sociale.

Le problème, dès lors, commence à apparaître sous une lumière nouvelle, surtout en tant qu'on l'envisage sur le terrain du droit écrit : chercher à dégager tant de la structure des principes juridiques, transmis dans les lois, que de la manière dont on les a adaptés jusqu'à présent, les points par où se produit, et peut se produire, une intrusion des valeurs morales et économico-sociales ; trouver, par l'expérience que nous offre un siècle de législation écrite codifiée, la mesure dans laquelle cette intrusion s'est produite, unir le tout dans une analyse critique par rapport à la fonction générale du droit : c'est découvrir par là même la méthode ou les méthodes à appliquer pour dégager la notion du droit correspondant à une époque quelconque, indiquer ainsi une direction à suivre et implicitement les moyens pour l'atteindre, tant à la législation qu'à l'interprétation. Ce travail n'est pas de ceux qui peuvent être traités dans quelques pages, et nous nous bornons, dans le présent ouvrage, à indiquer, par des traits généraux, la manière dont il pourrait être utilement poursuivi.

CHAPITRE II

**APPLICATION DE LA THÉORIE
DES VALEURS
AU DROIT CIVIL POSITIF**

« La méthode n'existe pas en soi, on ne s'en rend maître que par l'étude approfondie des phénomènes; elle se constitue alors peu à peu et se précise graduellement en suivant le développement scientifique ».

(H. BLONDEL, *Approximations de la vérité*, p. 14.)

« Je n'ai point tiré mes principes de mes préjugés, mais de la nature des choses ».

(MONTESQUIEU, *Esprit des lois*.)

SECTION I

DROIT ROMAIN

Toute évolution du droit se réduit, en la dernière analyse, à un déplacement de valeurs entre l'ordre moral, économique et social, — et l'ordre juridique : c'est sous cette forme que nous avons présenté la dernière conclusion de notre précédent chapitre.

Une ancienne habitude, parmi les juristes, est d'ap-

puyer toute conclusion générale, dans la science du droit, d'abord sur le droit romain et son évolution. Dans notre matière, puisque nous voulons donner une explication générale de toute idée d'évolution, un pareil point de départ s'imposerait en tant que le droit romain offre un champ d'expérience juridique (1) qui fait mieux pouvoir apprécier le bien-fondé de notre théorie; mais entrer dans des détails, qui pourraient demander des années d'études, et offrir peut-être la matière de plusieurs volumes, serait dépasser de beaucoup le cadre restreint de notre ouvrage.

Nous nous contenterons donc de quelques exemples pris parmi ceux qui montreront d'une manière plus saillante une application certaine de notre opinion sur l'évolution du droit.

1. Nulle part mieux que dans le droit romain, soit à cause de son application pendant des siècles, soit, peut-être, à cause de l'esprit purement pratique qui forme toute sa base, on ne peut mieux voir cet effort continuuel de faire correspondre l'état du droit positif à l'opinion qu'on s'en formait. Ce qui fait la grande valeur du droit romain, c'est justement cette malléabilité de ses constructions qui a permis à peu près toujours sous les mêmes formules, de pouvoir embrasser de nouveaux problèmes. « Aucun droit n'a été plus souple, plus ac-

(1) Comp. Girard, *op. cit.*, p. 5; — Cuq, *op. cit.*, t. I, 1904, p. xxiv.

cessible aux idées généreuses que le droit classique. Aucune jurisprudence n'a été aussi ingénieuse pour adapter les institutions anciennes aux besoins nouveaux de l'état social », écrit M. Cuq (1) ; « grossier et imparfait, rigoureux et formaliste », le droit ancien est caractérisé par ce que Jhéring appelle la matérialité du droit (2). Dans le formalisme de ces procédures de réalisation du droit, il n'est que l'image de l'inculture des citoyens romains des premiers siècles de la fondation de Rome, de leurs mœurs belliqueuses, de leur caractère rude, allant bien souvent jusqu'à la cruauté. L'étendue de plus en plus grande de l'Etat romain, la disparition de la classe des petits cultivateurs, pour faire place à des capitalistes, le développement de l'industrie et du commerce, l'influence morale de la Grèce, une culture plus générale, agissent sur l'évolution du droit classique ; décrire l'histoire de l'évolution du droit serait peut-être faire son histoire morale et sociale ; les variations dans l'ordre moral, économique et social trouvent leur répercussion sur le droit. D'une manière générale, la diminution de la *patria potestas* et de la *dominica potestas*, concomitante avec un élargissement de l'indépendance des *filiifamilias*, et de leur pouvoir d'acquérir de plus en plus pour eux-mêmes, avec l'abolition du mariage avec *manus*, et de la tutelle des femmes, avec une protection de plus en plus large pour les esclaves,

(1) Cuq, *op. cit.*, t. I, 1904, p. XV. ¹

(2) Jhéring, *Esprit du Droit romain*, tr. fr., p. 112, t. III.

ne sont que les résultats, soit d'une valeur morale plus grande, accordée à l'idée de protection de la personne humaine, soit d'une valeur sociale plus prépondérante accordée à l'individualité en dehors du cercle restreint de la famille. Les époques dans lesquelles se produisent les plus grandes réformes dans l'organisation de la famille sont, à peu de distance près, concomitantes aux grandes transformations dans l'ordre moral ou social : une analyse critique des transformations du droit familial parallèle avec l'état moral et social pourrait offrir des exemples très probants à l'appui de notre théorie sur le déplacement des valeurs. Et ces exemples ne manquent pas.

2. Dans l'histoire des délits privés (1), dans ses quatre phases : vengeance privée, compositions volontaires, compositions légales et répression par l'Etat, on peut voir mieux que nulle part l'influence de l'ordre moral et social sur la marche du droit : la vengeance, le premier concept instinctif de la répression de la défense morale, se transforme en une composition volontaire à l'époque où la morale individuelle commence à imposer certaines normes de conduite ; la naissance de la morale individuelle entraîne avec elle nécessairement cette transformation. D'autre part, la valeur so-

(1) Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit*, p. 33 et sv. ; — Dareste, *Etudes d'histoire du droit*, p. 390 ; — Girard, *op. cit.*, p. 390 et sv. ; — Ed. Picard, *op. cit.*, p. 278 ; — Jhéring, *Zweck im Recht* (tr. fr., p. 323).

ciale de la famille étant beaucoup plus grande que celle de l'Etat, il n'y a que la famille de la victime qui peut contraindre à la composition volontaire : il y a une justice familiale, pour ainsi dire, il n'y a pas une justice sociale. Puis, plus la valeur sociale de l'Etat s'agrandit, au détriment de la famille, plus la répression des délits est considérée comme présentant un intérêt pour l'Etat, en tant que les délits sont dirigés soit d'abord contre son organisation, soit ensuite contre les particuliers mêmes, qui, pour lui, représentent dorénavant des valeurs équivalentes. Toute la transformation des compositions volontaires en compositions légales, et ensuite leur suppression définitive, part de cette idée, qui évolue dans le cours du temps : il y a des délits qui, au point de vue de leur valeur sociale, par conséquent, valeur variable d'après l'opinion qu'on s'en fait, peuvent intéresser l'ordre social, — ils doivent être dévolus quant à leur répression, à l'Etat ; il y en a d'autres qui, n'atteignant une valeur que dans la famille, ne peuvent intéresser que celle-ci, et leur punition reste limitée à l'autorité du chef de la famille ; la distinction entre le *furtum manifestum* et *nec manifestum* au point de vue de leur degré de punition est partie, croyons-nous, de la même idée de valeur sociale plus ou moins grande ; les conséquences civiles, au point de vue de la créance, qui en découlent, ne sont que la suite de ces mêmes idées (1)

(1) Droit de punir pour le chef de famille, exclusion de la

3. Par un déplacement de valeurs de l'ordre moral ou social dans l'ordre juridique, les préteurs sont arrivés à transformer l'aspect et la portée de beaucoup d'institutions de l'ancien droit : « la jurisprudence, secondée par le préteur, est parvenue à donner une valeur juridique et une sanction judiciaire à un grand nombre d'actes qui, jusqu'alors, n'avaient guère qu'une valeur morale », écrit M. Cuq (1), à propos de l'histoire de la notion d'obligation, et cette affirmation peut, croyons-nous, être appliquée à toute l'évolution du droit romain. Les exemples abondent : 1° la loi *Julia de maritandis ordinibus*, atténuant le pouvoir du *paterfamilias*, force son consentement au mariage, de ceux qui se trouvent sous sa puissance, en vue de favoriser les unions légitimes ; — d'une manière générale toutes les lois *Juliae* ne sont que la conséquence de la valeur sociale que prend la famille en face du désordre moral du temps d'Auguste (2) ; — 2° l'obligation pour le chef de famille de doter sa fille en puissance, d'abord avec un caractère subsidiaire (D., XXIII, 3, 5, 6 ; 5, 9), ensuite d'une manière principale, en dehors de toute idée de puissance (Diocl., C. V, 12, 14 ; D., XXIII, 3, 44 pr.), n'est que l'obligativité d'une règle depuis longtemps imposée par les mœurs ; — 3° la transformation de l'*arbitrium*

créance entre les personnes de la même *domus*. Cf. Ulpien, D. 47, 2, *De furtis*, 17, pr.

(1) Cuq, *op. cit.*, t. II, p. 324.

(2) Cuq, *ibid.*, p. 81-82.

rei uxoriae, dans l'action civile *rei uxoriae*, est la conséquence de la valeur économique et sociale qu'on accorde à la sauvegarde de la dot de la femme mariée ; Paul le dit d'une manière explicite : *Reipublicæ interest mulieres salvas habere propter quas nubere possunt* (D., XXIII, 3, 2, ad. Ed., 60) ; — 4° l'admission de l'exécution unilatérale de l'obligation, comme source de l'obligation de l'autre partie, et, implicitement, la transformation de la *condictio ob rem dati, re non secuta, causa data causa non secuta* dans l'action civile, sous Justinien, *præscriptis verbis*, est le développement de la valeur de plus en plus grande du principe moral et social, qu'il n'est permis à personne de s'enrichir au détriment d'autrui (1) ; — 5° l'insertion, dans l'édit du préteur, de la clause par laquelle on cherchait à éluder la règle : *ex nudo pacto inter cives Romanos actio non nascitur*, ainsi que toute la théorie des pactes adjoints et des pactes prétoriens, est, d'une manière générale, la conséquence directe de la nécessité de la liberté des conventions qui commençait à s'imposer, comme conséquence du grand essor des relations économiques, arrivées à un développement qui ne permettait plus de les classer dans les anciens cadres trop restreints (2).

4. Les exemples peuvent se succéder ainsi, tirés de

(1) Av. Girard, *op. cit.*, p. 582 et sv. ; — Cuq, *op. cit.*, t. II, p. 444 et sv.

(2) Cuq, *op. cit.*, t. II, p. 449.

toute la matière du droit romain : tous démontrent jusqu'à l'évidence le grand souci de maintenir l'équilibre le plus exact possible entre l'état du droit et l'ordre moral et social. Si, bien des fois, on a voulu trouver un défaut au formalisme romain, en tant qu'il établissait certains cadres, ou, si l'on préfère, certaines catégories dans lesquelles devait rentrer nécessairement toute formation juridique, — à considérer l'esprit purement pratique et d'adaptation continuelle qui domine toute son évolution, on s'aperçoit que ce n'étaient pas des catégories abstraites, ne permettant pas des transformations, mais des catégories réelles, de vrais « corps juridiques » dans le sens que Jhéring leur donnait d'« être réels » (1); on voit que le formalisme n'a joué qu'un rôle « accessoire et secondaire », qu'il n'était que le cachet marquant les situations qui méritent une protection juridique; mais la réalisation de cette protection même était assurée par les moyens les plus variés. Ainsi, quand un principe moral, économique, ou social était devenu assez fort, quand il avait pris une assez grande valeur dans l'opinion courante, il passait à la suite de diverses variations dans la formule du prêteur, en règles juridiques obligatoires : les actions prétorienes, utiles, fictives, ou *in factum* étaient les meilleurs instruments de l'opinion publique pour forcer l'évolution

(1) Jhéring, *Esprit du droit romain* (trad. fr., t. III, p. 52); — Savigny, *Ueber den Beruf unserer Zeit*, 3^e édit., p. 29; — Gény, *op. cit.*, p. 156; — Girard, *op. cit.*, p. 428-438.

du droit, en faisant y entrer de nouvelles valeurs, ou en excluant celles qui ne correspondaient plus avec l'ordre moral et social (1).

Le prêteur est, pour le Romain, *viva vox juris civilis* (2), le porte-voix de l'opinion publique, l'intermédiaire entre le droit tel qu'il existe et l'opinion qu'on s'en fait, le régulateur des valeurs juridiques, si l'on préfère, par rapport aux valeurs sociales et morales.

*
* *

SECTION II

LE DROIT COUTUMIER ET LA CODIFICATION

5. Sous le régime des coutumes en France, dans les créations en dehors du droit romain, et dans les provinces où le droit romain n'était pas applicable, ne voit-on pas surgir des institutions qui ne sont que la traduction de nouvelles valeurs morales ou sociales ? Dans le droit de famille, l'autorité maritale et la puissance paternelle sont la conséquence directe de l'état des mœurs du temps ; si on les conserve encore dans les pays de droit écrit, c'est par respect pour le droit romain devenu *ratio scripta* : la puissance paternelle n'existe même

(1) Av. Girard, *op. cit.*, p. 1.003-1.004.

(2) Comp. Ch. Beudant, *Le droit individuel et l'Etat*, 1891, p. 53 et sv.

pas du tout dans les pays de droit coutumier, comme conception de droit ; c'est un pur fait, et, en tant que fait, elle se règle nécessairement d'après les fluctuations des mœurs (1). L'organisation de la propriété immobilière n'est-elle pas l'effet direct de la valeur sociale accordée à la noblesse dans l'organisation de l'Etat ? Terres nobles et terres roturières ou villenages avec des conditions spéciales, tant en ce qui concerne leur acquisition, que leur aliénation, tout cela n'est que l'aspect de la société médiévale. Dans le régime successoral, la dévolution coutumière est le reflet de l'état économique et social : 1° distinction entre les immeubles propres, d'un côté, et les meubles et les acquêts, de l'autre, avec des règles beaucoup plus rigoureuses pour les premiers, tendant toutes à maintenir dans la famille les mêmes biens, et frappant d'une certaine déconsidération les meubles ; — 2° dévolution d'après la nature et l'origine des biens ; — 3° privilège d'ainesse pour empêcher le morcellement de la terre et assurer le service militaire pour le roi, 4° la réserve des quatre quints des propres ; — 5° la création de la règle *donner et retenir ne vaut*, sont les aspects du droit, influencé, d'une manière directe, par l'état économique et social.

* * *

(1) Planiol, *op. cit.*, t. I, 1908, n° 1638-1639, p. 531 ; — Aubry et Rau, t. VI, 1873, p. 74-75.

6. Trop ancien et correspondant à un état de choses qui n'existait plus, se trouvant en discordance avec les modifications profondes opérées dans l'ordre moral et social, — le régime du droit coutumier devait disparaître : les crises économiques du règne de Louis XVI, avant 1789, sont le prodrome de la Révolution sociale de 1789 et la préparation de la grande transformation juridique opérée par la codification de 1804.

La codification n'est pas tant une modification de fond en comble du droit qu'un établissement légal du droit qui existait en réalité. Quant aux quatre mille décrets de la grande Assemblée, ils ne sont que la répercussion de la crise sociale et économique dans le droit : c'était la crise juridique qui manifestait en quelques années les effets des luttes séculaires entre la classe noble et la classe bourgeoise ; elle était aussi la conséquence du réveil à la vie politique de la classe moyenne, l'affirmation de sa valeur trop opprimée sous l'ancien régime. Toute la Révolution n'a pas été dirigée contre la couronne, mais contre la législation qui privilégiait la classe noble, amoindrie cependant dans son rôle social, au détriment de la classe bourgeoise : la couronne n'a été que le plastron qui a reçu les coups.

Au point de vue juridique, l'œuvre de la Révolution est la tentative de mise en œuvre, de réalisation, de quelques siècles d'évolution morale, sociale et économique ; le rétablissement d'un équilibre qui, depuis longtemps n'existait plus et de la concordance entre le droit

et l'idéal de justice de l'époque, idéal, qui se trouvait bien des fois en opposition avec l'organisation existante. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est moins une œuvre juridique, qu'une confession morale et sociale, le catéchisme de l'idéal social d'une nouvelle époque, une table nouvelle de valeurs qui devaient remplacer l'ancienne. Comme l'écrit M. Beudant : « En déplaçant l'axe de l'ordre social, telle que la monarchie absolue le comprenait, elle marque la fin d'un monde fondé sur le bon plaisir de la force et l'avènement d'un monde nouveau, fondé sur les idées de liberté et d'égalité » (1). Liberté, égalité, sont plutôt des concepts de morale sociale, même pour ceux qui les ont soutenu sur le terrain du droit, et des conséquences directes du rôle de l'individualité dans la vie économique et sociale, telle que les économistes et les philosophes du temps la comprenaient. « L'axe de l'ordre social » était depuis longtemps déplacé dans la réalité de la vie, la classe noble, ne se maintenait plus que par la force de la royauté, l'absolutisme royal, conséquence du droit divin, ne se conservait plus que par une coutume à laquelle personne ne croyait ; tous les assujettissements dans l'ordre économique et juridique, n'existaient encore que par le fait qu'on ne s'était pas donné la peine de les détruire ; l'assentiment général était contre l'ordre juridique existant. Suppression des privilèges, suppression

(1) Beudant, *op. cit.*, p. 145.

de la main morte personnelle et réelle, modification de l'autorité domestique, et, en cette matière, influence décisive du droit coutumier sur les principes du droit romain ; suppression des différences entre les biens et les charges qui en découlaient pour les personnes qui les possédaient ; réorganisation du système successoral, — tous les décrets et toutes les lois de la Révolution servent toujours à accomplir les changements qui doivent être subis par le droit, à cause des modifications morales, économiques et sociales : c'est un bouleversement dans les catégories du droit, provoqué par un déplacement de valeurs dans les ordres économique, moral et social.

7. Le Code civil, qui n'est que le couronnement de la Révolution et de l'époque intermédiaire, doit nécessairement se ressentir par trop de toutes les tendances qui ont provoqué la Révolution elle-même. On lui impute d'être le code de la bourgeoisie, — mais c'était la bourgeoisie, — qui s'était affirmée comme classe sociale, qui prenait le pas sur la classe noble ; on lui impute d'être individualiste, — mais c'était l'individualisme qui se dégageait de toute l'évolution sociale qui prépare la Révolution sociale ; on lui impute d'avoir préféré les biens immobiliers aux biens mobiliers, — mais c'était ceux-là seuls qui avaient une valeur économique déterminante dans le marché économique ; on lui impute d'être imbu d'une morale rationnelle, mais il était la conséquence du rationalisme du XVIII^e siècle :

le code est tel que le courant général l'indiquait et il ne pouvait pas être autrement.

Le Code civil « fut, dans le domaine de la vie juridique, l'expression parfaitement adaptée d'un état social qui bientôt ne sera plus, mais qui venait de triompher, celui de la prépondérance des classes moyennes et de l'individualisme bourgeois », écrit M. Saleilles (1). « Nous ne sommes pas venus pour établir des principes que nous devons connaître, mais pour en promulguer les résultats », disaient Malouet et Délandrine à propos de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (2); et ces paroles peuvent être appliquées à tout principe de loi nouvelle : tout progrès, toute transformation dans le droit n'est qu'une « comparaison de forces » dans le domaine social ou moral. le résultat d'un conflit entre deux forces, dont l'une pousse au progrès, tandis que l'autre tend à la conservation traduite d'une manière objective dans la loi (3); et, tant que les forces des différents intéressés ne se mesurent pas, l'ordre juridique ne peut pas changer à leur profit. D'une manière plus

(1) Saleilles, *Introd. à l'étude du dr. civ. all.*, 1904, p. 120 ; — av. Ed. Picard, *L'évolution historique du dr. civ. fr.*, 1898, p. 68 ; — Tissier, *Le code civ. et les classes ouvrières (Liv. du cent*, t. I, p. 87 et sv.) ; — Glasson, *Bull. de l'Académie des sciences morales et politiques*, t. CXXV, p. 843, t. CLIII, p. 493 ; — Paul Leroy-Beaulieu, *Essai sur la répartition des richesses*, 1881, p. 389.

(2) *Archives parlementaires*, 1^{re} série, t. VIII, p. 323 et 325 ; — *Comp. ibid.*, p. 320, 322 et 325.

(3) A. Lévi, *op. cit.*, p. 92 et sv., p. 107.

générale, toute évolution du droit n'est qu'un perpétuel déplacement de valeurs juridiques, conséquence nécessaire d'une affirmation de nouvelles valeurs dans l'ordre moral et économique (1), — et ceux qui n'ont pas affirmé leur valeur, les principes qui ne sont pas entrés en lutte, ne peuvent en rien prétendre à contribuer à ce résultat. Une classe sociale déterminée, la bourgeoisie et des valeurs morales et économiques, déterminées par les transformations antérieures à la Révolution, avaient affirmé leur force, et c'est pour elles que le résultat a été acquis après la Révolution. Le Code civil n'est que le résultat de la lutte engagée par elles et qui se termine en leur faveur. Toute codification n'est pas « une réglementation entière et définitive de toutes les institutions », elle n'est que l'image qui indique le résultat d'une lutte et le point de départ d'une autre (2).

8. La victoire, au point de vue social, dans le Code civil, était le triomphe de la bourgeoisie, et la réglementation de la propriété, tant de fois attaquée depuis lors, n'est que l'aspect qu'elle devait prendre par l'affirmation de la valeur sociale du Tiers-État; en effet, la propriété,

(1) G. Morin : *Une conception individualiste du droit* (Rev. trim., 1908), p. 520 et sv. — Comp. Morin, *A propos de la maxime « Error communis facit jus »* (Ann. des Facultés de droit et des lettres d'Aix, avril-juin 1906); — E. Lévy, *L'affirmation du droit collectif*, p. 24; — A. Schatz, *op. cit.*, Conclusion, p. 557 et sv.

(2) Alvarez, *op. cit.*, p. 167; — M. Leroy, *La loi*, p. 223-227; — Mallieux, *Exégèse des codes*, p. 207-208.

au point de vue de son affirmation comme valeur juridique, n'est que « l'utilité sociale du propriétaire » ; or, à la veille de la Révolution, la noblesse, qui détenait la plus grande partie de la propriété, ne représente plus aucune utilité sociale (1), et le Tiers-État, la bourgeoisie, en organisant une propriété à son profit, n'a fait que réaliser, d'une manière juridique, un déplacement de valeurs depuis longtemps opéré dans l'ordre social. « Ramenez l'idée de liberté des hauteurs de la métaphysique abstraite dans le domaine de la réalité positive, elle y prendra une forme nouvelle et un nom nouveau : la propriété », écrit M. Fouillée (2) ; l'organisation de la propriété dans le Code civil est le triomphe de la liberté bourgeoise, imprégnée nécessairement d'individualisme.

10. D'ailleurs, toute la matière patrimoniale, sauf quelques rares articles (6, 686. 900, 1133, 1172, 1387, 1965, etc.) est imprégnée d'individualisme : c'était le « laissez faire — laissez aller » de l'école économique libérale, qui se traduit dans le Code par une autonomie des volontés ; il n'y a pas de groupements d'intérêts, il n'y a que des individualités. Les deux grandes institutions du droit privé, la propriété et les successions, portent le cachet de l'individualisme (3) ; en dehors de quelques cas isolés, la propriété est caractérisée par le seul article

(1) J. Cruet, *Vie du droit*, p. 271-272.

(2) Fouillée, *L'idée moderne du droit*, p. 112.

(3) Av. pour plus de détails : Alvarez, *op. cit.*, p. 26 et sv.

544 du Code civil, et ce texte est le point de départ et le point d'arrivée de toute la théorie individualiste, réalisée d'une manière pratique.

11. Influencé par le rationalisme du XVIII^e siècle, le Code consacre l'autonomie de la volonté, conséquence nécessaire du libre arbitre : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », dit l'article 1134 du Code civil. (La loi elle-même, dans son principe essentiel, n'est qu'une déclaration de volonté dans la conception du temps.)

Les contrats ne produisent des effets que pour ceux qui les ont faits, et n'engagent que ceux qui y ont pris part ; les règles du Code sont considérées comme interprétatives de volonté ; les parties peuvent donc déroger à leurs dispositions. Chaque volonté a une sphère déterminée où elle peut se mouvoir, — il y a des cercles fixes pour la morale individuelle, à l'intérieur desquels l'abus même n'est que l'usage du droit.

12. D'une manière générale, organisation de la famille, du patrimoine, des obligations ou des successions, tout se ressent de l'esprit de l'époque qui les ont sanctionnés, et, après cent ans d'application, le Code laisse l'impression d'un vieux cadre qui ne garde que l'apparence de ce qu'il était : en réalité, tout y est changé et « on éprouve devant le Code une impression de papillotement, tenant à ce qu'il faut intercaler à tout endroit, par effort d'imagination, des choses qui n'y sont pas, des choses formant disparate avec celles qui

s'y trouvent. On éprouve à le consulter une perpétuelle inquiétude, provenant de ce qu'on ne sait jamais si c'est bien ce qu'on y lit textuellement qui fait loi, et comment il faut lire » (1).

Résultat d'une révolution sociale, le Code consacre les desiderata d'une lutte séculaire et met fin pour un instant à cette lutte ; mais il est impuissant à arrêter soit l'évolution morale, soit l'évolution économique et sociale (2). Des valeurs nouvelles sont apparues, elles affirment leur droit à une place déterminée dans la législation, et la discordance, qui existe entre le Code et la réalité de la vie juridique, est tout l'espace qui sépare l'époque de 1804 de celle de 1911.

D'ailleurs, si nous avons dit qu'il peut exister une crise juridique, tout aussi bien qu'une crise morale ou sociale, nulle part on ne peut la percevoir mieux qu'en France depuis une vingtaine d'années. Les écoles nouvelles dont nous avons esquissé les traits généraux, toutes, ne sont que les manifestations significatives de la crise juridique actuelle.

(1) Thaller, *Rapport sur la révision du code* (*Bul. de la Société d'études législatives*, 1904, p. 491 et sv.).

(2) Rossi, *Observations sur le dr. civ. fr. dans ses rapports avec l'état économique de la Société* (*Rev. de légis. et de juris.*, 1840, t. XI, p. 1-29).

SECTION III

EVOLUTION MORALE ECONOMIQUE ET SOCIALE. — EVOLUTION ET CRISE JURIDIQUE

13. La loi est insuffisante par elle-même à assurer la vie de la société ; elle ne correspond plus à la réalité, et l'interpréter, c'est lui rendre l'esprit nouveau qui se dégage de tout le mouvement social, nous disent toutes les écoles d'une manière générale. Un abîme s'est creusé entre le code et l'opinion qu'on se fait du droit : ce n'est pas sur les principes isolés que porte la différence entre le code de 1804 et le droit civil de 1911, elle se constate sur le fondement même du droit.

14. Ce que, d'une manière générale, on affirme partout sous le nom de socialisation du droit (2) n'est peut-

(2) M. Leroy, *op. cit.*, p. 248-249, 257 et sv. ; — E. Lévy, *L'affirmation du droit collectif*, 1903 ; — *Responsabilité et contrat* (*Rev. crit. de légis. et de juris.*, 1899, p. 373) ; — A. Mater, *Le socialisme juridique* (*Rev. socialiste*, 1904, 2^e semestre) ; — *L'interprétation juridique du socialisme municipal* (*Ibid.*, 1905, 2^e semestre, p. 488 et sv.) ; — J. Hitier, *La dernière révolution doctrinale du socialisme* (*Rev. d'écon. polit.*, 1906, nos 3, 5, 6, p. 465 surtout) ; — E. Berth, *Révolution sociale ou évolution juridique* (*Mouvement socialiste*, 1904, n° 143). — *Adde* : Demogue, *op. cit.*, p. 169 ; — Charmont, *Le droit et l'idée démocratique* (le chap. *Socialisation du droit*) ; — J. Cruet, *op. cit.*, p. 77-82 ; — Korkounov, *op. cit.*, p. 102 et sv. ; — Tissier, *Le code civ. et les classes ouvrières* (*Liv. du cent.*, t. I, p. 92) ; — Lévy Uhlman, *Programme d'un cours d'introd. au dr. civ.* (*Rev. trim.*, 1903, p. 841).

être que l'expression très forte de tout ce qui sépare le droit de deux époques, à un siècle de distance ; ce n'est plus l'homme qui est le seul sujet du droit, mais l'individu pris dans l'engrenage de la classe sociale de laquelle il fait partie ; ce n'est pas la volonté autonome qui peut faire naître l'obligation, mais une volonté réelle prise dans le milieu où elle est née. « Le contractant devient, en quelque sorte, un homme public ; l'intérêt général fait de son contrat comme un contrat public, il n'est plus que possesseur de droits », écrit M. Leroy (1). La crise de l'individualisme, accompagnée d'un essor de plus en plus grand de l'étatisme et du droit collectif, a amené des modifications radicales tant dans la théorie de la formation des actes juridiques, que dans l'autonomie contractuelle qui formait la base de la réglementation des contrats dans le code ; l'intérêt des tiers prend le pas sur l'intérêt des contractants (2) ; ceux-là sont les représentants de l'intérêt collectif et du crédit social, et l'intérêt social prend une valeur de plus en plus grande au détriment de l'intérêt individuel (3).

15. La valeur morale s'étend du cercle individuel à la

(1) Leroy, *op. cit.*, p. 255 ; — E. Gaudenet, *Les codifications récentes et la revision du code civil* (*Liv. du cent.*, t. II, p. 971).

(2) G. Morin, *A propos de la maxime : « error communis facit jus »* (*Ann. de la Facul. de droit et des lettres d'Aix*, 1906, avril jusqu'à juin).

(3) Comp. Saleilles, *Le code civ. et la méthode historique* (*Liv. du cent.*, t. I, p. 110-111) ; — Kohler, *Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte*, § 1, 4, 16, 51.

sphère de l'action sociale; il n'y a plus de principes moraux en soi et individuels, mais la morale tout entière s'enchaîne dans un principe de conduite sociale. « On ne peut guère, écrivait Guyau, maintenir le droit qu'à condition de lui donner une extension nouvelle, et le confondre presque avec le principe de la fraternité » (1). Le principe de la solidarité sociale s'affirme plutôt comme une norme de conduite morale que comme un principe social, — et c'est comme tel qu'il s'impose d'une manière de plus en plus certaine dans la législation; c'est ainsi qu'on arrive jusqu'à « dénier toute valeur à la loi positive qui heurterait cette solidarité (2) ». La responsabilité et le risque professionnel, le droit de propriété, la théorie de l'héritier apparent même,

(1) Guyau, *Esquisse morale sans obligation ni sanction*, p. 72 et 100. — Comp. Renouvier, *Philosophie analytique de l'histoire*, p. 625; — L. Bourgeois, *Essai d'une philosophie de la solidarité*, p. 60; — Solidarité, p. 94-95; — H. Michel, *L'idée de l'Etat*, p. 640 et sv.

(2) Gény, *Procédés d'élaboration du dr. civ.* (dans *Les Méthodes juridiques*, p. 177); — *Méthodes d'interprétation*, p. 584-585. — Comp. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 72 et sv., 261 et 271; — Saleilles, *École historique et dr. naturel* (*Rev. trim.*, 1902, p. 91); — Alvarez, *op. cit.*, p. 135-137; — A. Lévi, *op. cit.*, p. 273 et sv.; — Brunot, *La solidarité sociale comme principe des lois* (*Bull. de l'Académie des sciences morales*, 1903, t. II, p. 315); — Tanon, *op. cit.*, p. 103 et sv.; — Izoulet, *La Cité moderne*, p. 436, 438; — Demogue, *op. cit.*, p. 164 et sv., 172-173; — Glasson, *Le droit civil et la question ouvrière, Travaux de l'Académie de sciences morales et politiques*, 1886; — t. CXXV, p. 843-895; — t. CXXVI, p. 129-165; — C. Turgeon, *Rev. intern. de l'enseign.*, 1890, t. XIX, p. 300.

comme on va le voir, apparaissent, pour certains auteurs, comme une suite de l'intérêt de la collectivité et, par conséquent, d'une manière générale, comme l'effet d'une morale sociale; le renversement de la maxime *neminem lædit, qui suo jure utitur*, qui permet d'arriver à la théorie contemporaine de l'abus du droit, n'est que l'affirmation la plus certaine du grand déplacement de valeurs morales, qui s'est répercuté sur le droit.

16. La conception de la loi elle-même, comme nous l'avons déjà montré, s'est modifiée sous l'influence de nouveaux courants sociaux : elle n'est plus un « impératif catégorique » ; elle n'a plus à sa base une déclaration de volonté, mais elle est considérée comme une interprétation de volonté de ceux qui s'y réfèrent, et, par conséquent, elle ne s'impose pas en vertu de la volonté qu'elle exprime, mais en vertu de l'adhésion de ceux qu'elle gouverne (1) ; c'est par là que son interprétation devient quelque chose d'essentiellement mobile ; c'est par cette adhésion à la loi, que la loi devient une sorte de « point fixe dans un milieu mouvant, dans un milieu qui se différencie sans cesse » (2), point qui doit se

(1) Charmont, *Source de droit positif à l'époque actuelle* (*Rev. de métaphysique*, 1906, p. 121). — Comp. Arthur, *La séparation des pouvoirs et des fonctions* (*Rev. de dr. public*, 1900, p. 225) ; — Duguit, *op. cit.*, p. 436 ; — M. Leroy, *op. cit.*, p. 349 ; — Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, t. III, p. 458.

(2) Isambert, *Evolution des études juridiques* (*La science sociale*, 1897, t. XXIII, p. 103-104).

déplacer avec le milieu qui le crée, — et c'est là surtout qu'il faut chercher l'origine de l'opinion que M. Saleilles s'est faite de la mobilité du texte légal.

17. D'autre part, l'évolution économique s'est continuée depuis la codification ; il y a eu des mouvements de hausse et de baisse dans la valeur des biens, au point de vue économique ; il y a eu des transformations radicales dans la table des valeurs économiques, et ces modifications ont exercé leur répercussion sur l'état du droit.

Le code était plutôt l'organisation, à peu près exclusive du droit immobilier dans la propriété, attendu que les valeurs mobilières étaient dépréciées au moment de sa confection. La maxime de l'ancien droit : *res mobilis res vilis* ou *vilis mobilium possessio*, qui n'était que la conséquence de l'infériorité de valeur économique des meubles, a exercé une influence décisive sur l'organisation du droit mobilier : il suffit de citer, comme unique exemple, le pouvoir du tuteur, jusqu'en 1880, de vendre les biens du mineur sans aucun contrôle. Or, des changements considérables se sont produits dans l'appréciation des valeurs mobilières, et ils ne sont que la conséquence du prodigieux essor de l'industrie et du commerce (1). Les auteurs du Code n'ont pas prévu, et ne pouvaient pas prévoir, ces changements, — et la conséquence a été qu'un grand nombre de situations

(1) Planiol, *op. cit.*, t. I, 1908, n° 2198-2200.

sont restées en dehors de la réglementation de la loi (1).

Dans le domaine social, une classe nouvelle, créée elle-même par le grand mouvement de l'industrie, est entrée en lutte avec la classe bourgeoise, ou pour employer toujours le même terme, une nouvelle valeur sociale s'affirme : c'est la classe ouvrière et la valeur du travail. Le Code était, et est resté en grande partie, le code de la bourgeoisie, du capitalisme, tandis que l'état de l'opinion qu'on se fait, à l'époque contemporaine, du droit, penche de plus en plus du côté du travail : le nombre toujours grandissant des lois ouvrières en constitue la preuve la plus certaine, et l'incorporation de quelques-unes (comme la loi du 7 avril 1898) dans le code même laisse au juriste, qui veut approfondir l'esprit qui domine le Code dans son ensemble, l'impression d'une plante exotique transportée dans les régions glaciales et fait d'autant plus ressortir la contradiction qui existe entre le droit positif et l'opinion qu'on s'en fait.

18. Après ce que nous venons de dire, qu'on ne s'étonne pas de l'expression « crise juridique », que certains auteurs (2) emploient pour caractériser la situation du droit à l'époque actuelle ; on peut même dire avec M. Lévi que « le droit est dans une crise perpétuelle,

(1) Pour plus de détails, av. J. Cruet, *op. cit.*, p. 240-247.

(2) A. Lévi, *op. cit.*, p. 191-192 ; — J. Cruet, *op. cit.*, p. 16 ; — M. Leroy, *op. cit.*, p. 350.

étant toujours arriéré par rapport à l'économie et à la morale », qui, en leur qualité d'appréciation qui relèvent des consciences individuelles, ont une souplesse d'adaptation qui manque au droit, « règlement plus déterminé, plus fixe des actions humaines » (1).

A ce point de vue, le droit est, et reste toujours, imbu d'une réalité fictive ; la loi ne correspond jamais à la réalité même ; en ce sens là, elle reste un mensonge social. Mais, quand la lutte entre les valeurs morales ou sociales nouvelles, d'un côté, et la table des valeurs juridiques, de l'autre, devient tellement acharnée que la fictivité de la loi ne suffit plus, la vraie crise se manifeste par la nécessité d'une « révision dans la table des valeurs juridiques ; ceux qui ont soutenu en 1904, et depuis lors, la révision du Code ne demandaient rien moins qu'une révision de la table des valeurs juridiques. « Ne faisons pas la folle gageure de perpétuer la fiction, cette hypocrisie du droit, dans le but hasardeux de sauver les apparences en établissant entre les principes et une pratique profondément contradictoires un accord purement extérieur », écrit M. Cruet (2), se faisant l'écho de ceux qui soutiennent l'existence de la crise juridique et confirmant nos dires.

La crise juridique existe, et personne ne peut la nier, pas même ceux qui soutiennent que le code suffit en-

(1) A. Lavi, *op. cit.*, p. 192 ; — Ed. Picard, *op. cit.*, p. 217-218.

(2) J. Cruet, *op. cit.*, p. 16.

core aux besoins nouveaux : elle est la manifestation de la contradiction flagrante qui apparaît entre l'esprit du code, ayant à sa base un individualisme exagéré et une autonomie de la volonté, nuisible et à peu près impraticable dans l'état actuel d'un côté, — et les idées contemporaines du droit, de l'autre; nul, peut-être, n'a mieux montré que M. E. Lévy d'une manière synthétique les transformations qui, portant sur l'esprit même du code, ont amené avec elles cette contradiction. « Donc, écrit-il, concluant à une affirmation de plus en plus grande du droit collectif : transformation du droit sur l'individu en un droit sur la chose, transformation du droit sur la chose en un droit sa valeur, en d'autres termes, transformation du droit sur les choses, comme nous appartenant, en un droit sur les choses comme ne nous appartenant pas; indépendance plus grande de la personnalité par rapport à la propriété et même au patrimoine, transformation du rapport individuel en un rapport collectif, et, par suite, indépendance de la personnalité par rapport à l'être; responsabilité des choses à l'occasion de l'exercice des droits, si cet exercice porte atteinte au droit collectif » (1). En termes plus concis, prédominance des valeurs sociales sur les valeurs individuelles, ou, sous une autre forme, l'apparition du droit de la société, qui s'impose d'une ma-

(1) Em. Lévy, *L'Exercice du droit collectif* (Rev. trim., 1903, p. 103-104). — Comp. *Nouvelle revue historique*, t. 28, 1908, p. 796.

nière générale, en face du droit des individus pris séparément : la jurisprudence elle-même reçoit cette nouvelle conception (Cass., 10 juin 1902 : S., 1908-1-11).

*
* *

SECTION IV

LE CODE ET LES INSTITUTIONS NOUVELLES

19. Après ce que nous venons de dire, il suit que le meilleur traité de doctrine juridique, comme la meilleure plaidoirie devant les juges, ne sont pas ceux qui réussissent à pénétrer l'ancien esprit de la loi, mais ceux qui savent démontrer un déplacement de valeurs, son affirmation nécessaire comme s'imposant dans les rapports juridiques, et la manière d'introduire la nouvelle valeur dans le cadre ancien (1), — ceux qui peuvent trouver l'endroit par où s'est déplacé « le centre de gravité » de l'équilibre juridique, et les moyens pour revenir à un nouvel équilibre.

En effet, tout texte de loi, comme tout rapport juridique, n'est que l'image d'un équilibre entre les intérêts en présence, par rapport à la table des valeurs morales et économique - sociales d'une époque quelcon-

(1) Mallieux, *Exégèse des codes*, p. 203, 212, 216, 218.

que (1) : Le procédé d'équilibration des intérêts pour la découverte du droit est général et le code, lui-même, n'a pas procédé autrement; des articles comme 549, 355, 1116, 1167, 1238, 1240, 1299, 1368, al. 2, 1184, 2037, 2031, 2265, 2279-2280, etc... ne sont que des présomptions d'équilibre entre les intérêts; « la mesure dans laquelle un acte ou une situation concourent à le créer (l'équilibre) constitue seule la valeur de cet acte ou de cette situation »; ou bien « les institutions les plus différentes dans le temps et dans l'espace s'expliquent par des intérêts qu'elles doivent balancer », écrit avec beaucoup de raison M. Vander Eycken (2).

Tant que la table des valeurs, qui existe au moment de la confection de la loi, se maintient, l'équilibre des rapports juridiques, dont la présomption existe dans la loi, se conserve, lui aussi; mais, quand les transformations interviennent, comme nous l'avons tant de fois dit, l'équilibre juridique lui-même s'en ressent. D'autre

(1) Vander Eycken, *op. cit.*, p. 60, 65 et sv. ; — Gény, *op. cit.*, p. 539 et sv. ; — Démolombe, *Cours de code Napoléon*, t. I, n° 4. — Comp Jhéring, *Fondement des interdits possessoires*, 1882 (trad. fr., p. 45-48); — *Du rôle de la volonté dans la possession*, 1891 éd. fr., 124-170; — *Esprit du droit romain* (trad. fr., t. IV, p. 52, p. 75); — Merkel, *Die Kollision rechtmässiger Interessen, passim*. — Le principe de l'équilibre des intérêts est donné comme direction d'interprétation dans d'autres législations, av. *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*, de 1794; — *Einleitung*, §§ 95-97; — *Code civil portugais*, du 1^{er} juillet 1867, art. 14-15.

(2) Vander Eycken, *op. cit.*, p. 70-71.

part, étant donné que le rôle de toute interprétation de la loi est de trouver la possibilité d'un accord entre les besoins nouveaux et les rapports fixés dans la loi, il s'en suit que toute doctrine juridique ou, d'une manière plus générale, toute construction juridique, doit chercher d'abord par où et dans quelle mesure le « centre de gravité » de l'équilibre antérieur s'est déplacé. Or, quant à la doctrine spécialement, en tant qu'elle a pour suprême but de donner des directions, elle doit chercher surtout les moyens de rétablir l'équilibre dérangé, — et elle ne pourra le faire qu'en appréciant la mesure dans laquelle un déplacement s'est produit sur la table des valeurs existante au moment de la confection de la loi ; la jurisprudence elle-même ne pourra pas procéder autrement dans sa tâche de continuelle adaptation.

20. Mais, nulle part mieux que dans le droit, on ne peut affirmer que « tout se tient dans un temps, et d'un temps à un autre, suivant les rapports qu'on peut dire systématiques », et l'erreur de ceux qui croient pouvoir faire cesser la crise juridique par des modifications partielles consiste justement à se figurer qu'on peut changer l'aspect seulement de quelques institutions, sans que la nécessité de la réforme de tant d'autres s'impose. On peut même affirmer, dès à présent, qu'il y a eu, pendant un siècle d'interprétation du même Code, des changements tellement grands dans l'ordre économique et social et qui ont influé la base même de la législation civile de telle manière, que toute conciliation

est à peu près impossible. Des institutions nouvelles, correspondant à des besoins économiques nouveaux, et inattendus pour les auteurs du code, des institutions surtout basées sur des principes économiques et sociaux qui sont en contradiction flagrante avec l'esprit du code, tel que nous l'avons esquissé dans des traits très généraux, ont été créées, — et c'est là qu'il faut chercher la cause de l'impossibilité d'une conciliation éventuelle.

La jurisprudence, placée en face de deux institutions, sortie de deux courants, d'une nature absolument différente, s'est trouvée bien des fois embarrassée et, si elle a donné des solutions juridiques en parfait accord avec les textes du Code, elle a fait en même temps, d'une manière indirecte, œuvre destructive des nouvelles institutions.

21. Un exemple pris dans une jurisprudence de 1897 va nous montrer cette lutte entre les principes du Code et les institutions nouvelles. En effet, d'après les articles 608, 609, 611 du Code civil : l'usufruitier à titre universel est tenu de payer les intérêts des charges qui pèsent sur les biens soumis à l'usufruit. Une institution nouvelle est créée, le Crédit foncier, dont le système de remboursement du prêt est basé sur le procédé de l'amortissement, qui n'est pas du tout prévu par le Code, n'ayant pas été connu par ses auteurs. Le but de la création du Crédit foncier, en employant le système des annuités, a été de permettre le plus facilement pos-

sible le remboursement du prêt, en donnant la possibilité à l'emprunteur de payer le capital même emprunté, en le déduisant simplement sur les revenus des biens hypothéqués. Comment va-t-on concilier cette institution nouvelle avec les articles précités du Code? Une difficulté de ce genre s'est présentée en 1897 (Cass., 20 juillet 1897: D., 99-1-17); nous la citons dans son ensemble, en tant qu'elle nous semble assez suggestive, par rapport à la discordance qui existe entre les textes du Code et les courants nouveaux économiques: Michel Agard lègue l'usufruit de tous ses biens à sa femme, et la nue-propriété à la dame Rolland; parmi les charges pesant sur les biens du *de cujus*, il y a un emprunt contracté avec le Crédit foncier. La question se posait de la manière suivante: l'usufruitière devait-elle supporter toute l'annuité du Crédit Foncier, ou seulement la partie représentant les intérêts? La Cour d'appel (v. D., *ibid.*) décide que « la dame Rolland, dans chacun des deux versements semestriels, comptant les annuités restant encore dues au Crédit foncier de France, est tenue, en sa qualité d'héritière universelle de la nue-propriété, de la fraction représentant le capital à amortir; que la dame Agard n'est tenue comme usufruitière que de la fraction de l'annuité représentant les intérêts du capital non encore amorti », — et la Cour de cassation confirme cet arrêt. C'est peut-être la construction la plus juridique possible, et, en même temps, la seule possible, eu égard à l'état des textes du Code

civil, et au mode de constitution de l'annuité. En effet, toute annuité contient une partie servant de remboursement du capital, et une autre représentant l'intérêt du capital emprunté : « dès lors, conclut M. Lauzac de Laborie, dans sa note au Dalloz, il semble à la fois juridique et rationnel d'admettre que l'usufruitier n'est tenu de payer que la fraction des annuités qui représente l'intérêt du capital non encore amorti, et qu'il peut s'affranchir du paiement de la fraction affectée à l'amortissement du capital. » La solution, donnée par la jurisprudence, ne peut pas être critiquée au point de vue juridique, dans l'état actuel des textes ; mais le résultat pratique auquel elle arrive conduit nécessairement à une lutte contre le Crédit Foncier, en tant qu'elle contredit la facilité de paiement favorisée par l'amortissement, but essentiel de sa création. A ce point de vue, la critique que M. Planiol (1) adresse à cette jurisprudence est tout à fait juste ; mais nous ne croyons pas, avec M. Planiol, qu'on aurait pu, en introduisant l'idée de charge réelle, pesant en totalité sur les fruits, pour permettre l'amortissement par le revenu même, arriver à une solution plus conforme à l'esprit de l'institution du Crédit foncier ; c'eût été détruire les principes du Code en matière d'usufruit, et, par là, donner prise à une autre critique, tout en voulant éviter la première ; nous ne croyons pas qu'une simple réforme législative

(1) Planiol, t. I, 1908, n° 2828.

sur ce point seulement serait suffisante, tant d'autres difficultés surgiraient de nouveau en d'autres matières, qu'elles nécessiteraient, elles-mêmes, des réformes nombreuses (1).

22. Le même choc s'est produit entre l'institution moderne du contrat d'assurance et les principes du Code; nous allons citer deux cas seulement, parmi tant d'autres qui se présentent : 1° si le contrat d'assurance, en matière d'usufruit, a été conclu par l'usufruitier ou par le nu-propriétaire seulement, l'assurance va profiter exclusivement à celui qui l'a faite, quoique l'indemnité soit considérée, dans les principes du contrat d'assurances, comme servant à remplacer la chose perdue, pour tous ceux qui jouissent de son existence, par sa valeur au moment du sinistre (2); 2° en matière de dot, si l'immeuble dotal assuré vient à périr, l'indemnité, accordée en vertu du contrat d'assurance, n'est pas dotale (en ce sens : Nîmes, 20 juin 1860; Pau, 31 mai 1893 : Dalloz, 95-2-10); or, le but du contrat d'assurances est « de combler les vides faits par les sinistres dans les patrimoines des particuliers », et, déclarer l'indemnité comme ne pouvant pas opérer leur emploi, c'est arriver

(1) A titre d'exemple : la purge obligatoire (décret 28 février 1852), ensuite facultative (10 juin 1853), mobilisation du Crédit foncier par l'intermédiaire des obligations du Crédit foncier de France, etc...

(2) V. Dalloz, *Suppl.*, v. *Assurances terrestres*, n° 40; — Comp. Verbrœcken, *Recueil périodique d'assurances*, 1884; — Planiol, t. I, n° 2.831.

à un but contraire à celui du contrat d'assurances. La jurisprudence, peut-être, n'est pas loin de s'égarer définitivement des principes du Code, en admettant la dotalité pour l'indemnité, étant donné qu'une loi a accepté déjà le principe du remplacement de la chose perdue par l'indemnité dans le patrimoine de l'assuré, en matière hypothécaire (loi du 19 février 1889), et qu'en matière dotale, la jurisprudence elle-même est arrivée à déclarer dotale l'indemnité payée pour réparer un dommage délictuel (Agen, 6 janvier 1890; — et Cass., 5 janvier 1891; D., 90-1-486; S., 90-2-89 et 91).

23. Après les exemples que nous venons de citer, on peut dire qu'il y a une lutte entre les principes des nouvelles institutions créées par le mouvement économique moderne, et les principes qui se dégagent, soit des textes spéciaux, soit de l'esprit général du Code, — et la jurisprudence est forcée bien des fois à sacrifier soit les uns, soit les autres : les deux moyens, indépendamment de toute analyse appréciative de leurs valeurs, arrivent à fausser le droit par le droit lui-même.

Dès lors, une idée générale, comme conclusion, et point de départ en même temps, s'impose : la codification, n'étant que l'image du mouvement économique et social d'une époque déterminée, fixe dans le cadre des textes, ce mouvement, pour arriver à un balancement d'intérêts, qui puisse réaliser leur équilibre ; par conséquent, chercher la manière par laquelle cet équilibre est réalisé, c'est trouver en même temps la mesure dans

laquelle il peut être modifié. Etablir la vraie pensée du législateur, ce n'est pas tant chercher ce que les textes disent que ce qu'il pourraient dire, ou, en d'autres termes, c'est chercher la mesure dans laquelle l'équilibre fixé par eux peut être modifiée dans son contenu sans être troublé dans son existence même.

24. Or, préciser tout ce que nous venons de dire, c'est découvrir la manière technique de construire dans le droit ; seulement la technique de la construction juridique peut offrir tous les moyens d'évolution et d'adaptation du droit, et toutes les garanties pour une conciliation exacte et certaine entre le texte mort de la loi et les transformations continues dans les ordres moral, économique et social, qu'il doit régir. Qu'il soit dit, dès maintenant : par construction juridique, nous n'entendons pas la formation abstraite des concepts juridiques appuyés sur des textes légaux, mais simplement en utilisant les données réelles que le texte doit régir, la manière d'utiliser la réalité des intérêts qui mérite une protection juridique, en vue d'établir leur équilibre ; par conséquent, forme peut-être abstraite, — mais pas de subjectivisme ; — constructions faites à l'aide des moyens rationnels employés toujours par l'intelligence, — mais pas de constructions, rationnelles, puisque la base de nos recherches est la pure réalité, et puisque nos constructions s'efforcent d'évoluer avec la réalité elle-même.

En ce sens-là, on peut dire que toute construction ju-

ridique « est fonction mathématique » du poids des intérêts qu'elle gouverne, et chercher son organisation, c'est découvrir la mesure et la manière de laquelle elle peut et doit varier par rapport aux transformations de ces intérêts mêmes.

SECTION V

L'EQUILIBRE ENTRE LES INTÉRÊTS DANS LE DROIT

POSITIF ÉCRIT

25. D'une manière générale, dans la complexité du monde extérieur, l'intelligence humaine ne peut se conduire qu'en classant les faits qui la frappent en des catégories distinctes, pour mieux faire leur séparation et pour en faciliter la compréhension dans leur ensemble : c'est l'esprit d'analyse inhérent à toute connaissance et nécessaire à toute perception. Les sciences sociales ne procèdent qu'ainsi et ne peuvent pas procéder autrement ; et, après tout ce que nous avons déjà dit sur la formation des trois ordres moral, économique-social et juridique, en tant qu'appréciations de notre intelligence en vue d'une réalisation pratique de notre conduite, il suit, plus même que dans toute autre connaissance, que l'analyse, le classement ensuite sont des procédés essentiellement nécessaires à toute organisation d'un de ces

trois ordres. En effet : dire appréciation, — c'est dire mesure ; et dire mesure, c'est affirmer la nécessité d'une comparaison, or, toute comparaison suppose une analyse et un classement en vue d'établir des différences.

26. Dans la science du Droit, le classement s'impose comme base nécessaire de son existence ; existant en vue d'un équilibre à établir entre les intérêts en présence, équilibre qui sert de fondement à toute organisation sociale, dont le droit n'est que le mode de réalisation pratique, le droit pèse, pour ainsi dire, les intérêts avec le poids de leur utilité, par rapport à la paix sociale ; dire, d'une manière générale, droit de famille, droit de propriété, droit contractuel ou droit successoral, c'est exprimer, par des termes techniques, une mesure, une comparaison entre des divers intérêts, en vue de l'existence d'une paix sociale, par rapport à l'opinion qu'on s'en fait à une époque quelconque. L'idée essentielle du droit reste toujours la même : la justice, qui n'est qu'une autre formule de l'idée de paix sociale ; ce qui varie, ce qui crée les grandes transformations dans l'organisation du droit, c'est, en cause première, pour employer un terme philosophique, les variations introduites dans l'idée de justice et, implicitement, dans l'idée de paix sociale. Si on prenait l'idée de droit dans son ensemble, on ne pourrait jamais se rendre compte des transformations qui s'y produisent ; le champ d'étude serait trop vaste, et l'intelligence humaine ne peut opérer que sur des

espaces déterminés. Dès lors, suivre le droit dans son organisation de classement s'impose comme une nécessité, pour ceux qui veulent comprendre le sens et la portée de toute évolution juridique.

27. Mais toute organisation est œuvre de technique, et, en ce sens-là, toute recherche sur l'évolution du droit ne peut être que recherche technique. Or, la technique est un art, et tout art est variable par son essence, en tant que moyen adéquat aux changements de la réalité, en tant que moyen purement pratique; dès lors, chercher un principe universel de l'évolution du droit, c'est créer des chimères qui vont être contredites d'une époque à une autre. Tout ce qu'on peut faire dans la science du droit, c'est simplement de trouver par où et de quelle manière les transformations peuvent se produire, et — en ce sens-là, et uniquement en ce sens-là, seule l'étude de l'organisation interne du droit peut nous offrir des données utiles.

28. Le droit, avons-nous dit, procède par un classement entre les intérêts, les apprécie au point de vue de leur utilité sociale et établit ainsi des cercles dans lesquels ils peuvent se mouvoir: droit et non-droit représentent, au point de vue de leur classement, l'espace à l'intérieur duquel l'intérêt peut se mouvoir, et la limite de cet espace; droit et obligation sont, au point de vue de leur réalisation, le cercle de l'activité de l'intérêt individuel et tout l'espace qui reste en dehors de ce cercle; le choc qui se produit sur la limite de ce cercle

fait naître l'obligation (1). Mais le droit ne se présente jamais sous cette forme de cercles d'activités individuelles, nettement séparées des activités collectives : il y a un entrecroisement continuuel entre l'activité individuelle et l'activité sociale, ou, en d'autres termes, le droit consiste dans un enchaînement de rapports juridiques; en ce sens-là, on peut dire avec M. Saleilles : « c'est parce qu'il y a une part de droit individuel dans le droit social que les individus, pris en masse, doivent protection à l'individu, et c'est parce qu'il y a une part de droit social dans tout droit individuel que la sphère juridique de l'individu reste toujours conditionnée et délimitée par l'intérêt collectif du groupe » (2). Il s'ensuit, dès lors, qu'il s'établit une série de cercles d'activités, qui, par leur enchaînement, forment le droit sous sa forme dynamique.

D'autre part, le droit, en tant qu'appréciation de l'utilité sociale, fait varier soit en le restreignant, soit en l'élargissant, le contenu des cercles, en considération de la valeur, contingente dans le temps, qu'on attribue à chaque activité, et, par conséquent, à chaque intérêt juridiquement protégé. Et, si nous retenons la conclusion, à laquelle nous sommes déjà arrivés en parlant

(1) Comp. Korkounov, *op. cit.*, p. 184 et 244 ; — Ed. Picard, *op. cit.*, 85-86, 104-106 ; — Boistel, *Philosophie du droit*, t. I, p. 155 et sv.

(2) Saleilles, *Le code civil et la méthode historique* (Liv. du cent., t. I, p. 110-111.

du déplacement de valeurs, entre l'ordre juridique, éconómico-social et moral comme fondement de l'évolution du droit, nous pouvons dire que ce déplacement s'opérera par une modification du contenu des cercles délimitant les activités individuelles, ou par une modification de leur entrecroisement.

Dès lors, le problème de l'évolution du droit, ramené sur le terrain réel des activités et des intérêts que le droit protège, se simplifie. Rechercher la mesure dans laquelle les cercles anciens ont été modifiés dans l'organisation du droit par des transformations dans les ordres moral ou éconómico-social, c'est trouver la clef de l'évolution du droit à une époque déterminée.

29. Mais ne restons pas dans le domaine du droit en dehors de toute législation écrite et cherchons la confirmation de nos dires et les résultats auxquels on peut arriver dans l'organisation juridique actuelle.

La loi, en tant qu'objectivation du droit, n'est que la réalisation effective d'un équilibre entre les intérêts : « nous concluerons que l'idée d'équilibre, écrit M. Vander Eycken, est le seul élément éternel du droit ; pour tout le reste, il est inspiré par les circonstances et n'a qu'une valeur d'opportunité plus ou moins durable ». (1) En tant qu'équilibre, elle procède d'abord à une appréciation des intérêts pour établir entre eux une compa-

(1) Vander Eycken, *op. cit.*, p. 72.

raison de valeurs, par rapport à leur utilité sociale, à un temps donné, et, par là, à une sorte de classement pour arriver à leur balancement : *toute règle légale n'est qu'un classement entre les divers intérêts en vue d'une équilibration possible* ; sa structure intérieure est une série de cercles, ou si l'on préfère, de chaque côté de l'équilibre établi se forment des catégories d'intérêts qui se contrebalancent avec les catégories de l'autre côté ; chaque modification apportée à l'une des catégories rompt l'équilibre et fait naître une autre hypothèse qui va établir un nouvel équilibre.

30 Un exemple, pris à tout hasard dans le code, va faire comprendre cette manière de raisonner de la loi elle-même : d'après l'article 847 du Code civil, tous les legs ou dons faits à une personne, qui était successeur au moment de l'ouverture de la succession, sont présumés faits avec dispense de rapport ; le fils (art. 848) venant de son propre chef n'est pas tenu de rapporter une donation faite soit à lui, soit à son père, mais, s'il vient par représentation, il est tenu de rapporter, même s'il a renoncé à la succession de son père donataire. Analysons ces textes dans leur structure : l'équilibre entre deux intérêts juridiquement protégés, est évident ; d'un côté de la balance, se trouve la dispense de rapport ; — de l'autre côté, le successeur ayant reçu une donation ou un legs et venant de son propre chef ; les termes de la loi « sont réputés faits avec dispense de rapport » sont l'expression qui désigne que les deux catégories d'inté-

rêts se contrebalancent en tant que leur valeur juridique est égale au point de vue de l'organisation de la succession. Dès lors, faire l'application de l'article 847, c'est découvrir qu'un successible se trouve dans la situation exacte de l'hypothèse de la loi représentée par tous ceux qui, venant de leur propre chef, ont reçu un don du *de cujus* et qui n'étaient pas successibles au moment de la donation. Mais supposons un fils, qui n'était pas successible au moment où son père a reçu un don du *de cujus*, et qui se trouve l'être, au moment de l'ouverture de la succession, par le pré-décès de son père, dont il représente le droit de successible. Va-t-il jouir de la même dispense de rapport pour le don reçu par son père ? L'article 848 répond : non. A première vue, la situation paraîtrait un peu bizarre pour un « homme du monde », comme dirait Jérhing. Mais le juriste, habitué aux constructions juridiques, cherchant les deux côtés de la balance dans les principes du rapport, ou, si l'on préfère, la balance entre l'hypothèse générale du rapport et son dispositif, va chercher aussi les modifications qui se sont introduites dans l'hypothèse pour se rendre compte si l'équilibre existe encore et si, par conséquent, le dispositif est encore applicable. En effet, l'égalité entre le dispositif et l'hypothèse est représenté, en matière de rapport, d'une manière générale, par le principe du rapport : toute personne appelée à une succession ab intestat est tenue de rapporter à la succession ce qu'elle a reçu par toutes sortes de donations du *de cujus*. A l'in-

térieur de l'hypothèse, représentée dans notre espèce générale par la catégorie des personnes appelées à la succession et ayant reçu des dons du *de cujus*, on forme des cercles de plus en plus serrés pour pouvoir se rendre compte de l'applicabilité du dispositif; ainsi, en analysant le principe du rapport, avec d'autres articles, on arrive à dire que la partie détachée du patrimoine du *de cujus* par le don ira se joindre à la personnalité du donataire, de telle manière qu'il se forme une identité entre le don reçu et la personnalité qui l'a reçu. Dès lors, dire, avec l'article 847, que le don reçu par un fils n'est pas rapportable par le père, c'est implicitement dire, avec l'article 848, que le fils ne sera pas forcé de rapporter le don fait à son père quand il viendra de son propre chef: il n'y a pas d'identité entre la personnalité qui a reçu le don et celle qui vient à la succession, ou si l'on préfère, il n'y a pas d'identité de catégories d'intérêts qui puissent contrebalancer le dispositif: le terme « pareillement », qui commence l'article 848, à la suite de l'article 847, indique l'identité de catégories dans l'hypothèse de ce dernier texte. Mais, si le fils vient par représentation, il sera forcé de rapporter le don reçu par son père, même s'il répudie la succession de son père, parce qu'il y a identité entre la personnalité du donataire et celle du successible, en tant que la représentation fait venir le fils à la succession avec la personnalité de son père: ainsi le système est logique et devient explicable.

31. Par conséquent, toute règle juridique n'est qu'un

rapport d'équilibre entre le dispositif et l'hypothèse; dans toute hypothèse il se forme une série de cercles d'intérêts qui contrebalancent le dispositif; et, dire que le dispositif n'est pas applicable, c'est affirmer que la série de cercles ou de catégories, qui équivalaient le dispositif, a été modifiée (1). Les exemples de cette manière de procéder dans la loi sont très nombreux, pour ne pas dire que le procédé est général, qu'il nous suffise de citer encore, à l'appui de notre opinion, la construction de l'article 2229, combiné avec l'article 2233, Code civil, sur les vices de discontinuité et de violence, empêchant le fondement d'une possession en vue d'opérer la prescription (2), comme un des cas dans lesquels on voit d'une façon plus saillante ce procédé de l'édification de la règle juridique.

31. La loi d'une manière générale fixe les catégories juridiques, ou, si l'on préfère, indique la portée de chaque hypothèse en concordance avec le dispositif de chaque règle particulière; en ce sens-là, *la loi est conservatrice*, en tant qu'elle arrête d'une manière certaine les cercles des intérêts qui méritent d'être protégés juridiquement, par rapport à l'opinion qu'on se forme, au

(1) Comp. Vander Eycken, *op. cit.*, p. 94 et sv.; — Korkounov, *op. cit.*, p. 193-195.

(2) Av. Planiol, *op. cit.*, t. I, nos 2.277-2.279, av. surtout la manière de procéder de la jurisprudence : Cas., 19 mars 1884 : S., 86-1-463 ; — pour la discontinuité, et pour l'appréciation de la violence active : Cas., 24 mars 1868 : D., 69-1-83.

moment de l'élaboration de la loi, de l'équilibre des intérêts en vue de la paix sociale. Dès lors, on ne peut pas passer d'une catégorie juridique à une autre, — et dire qu'un acte juridique peut, ou ne peut pas, produire tels ou tels effets, peut, ou ne peut pas, prendre telle ou telle forme, c'est affirmer qu'il est exclu de la catégorie d'actes qui peuvent contrebalancer un certain dispositif. Dire, par exemple, que le gage ne peut pas se déguiser sous la forme d'une vente (Cass., 23 juillet 1844 : S., 44-1-859; — Cass., 2 juillet 1856 : S., 57-1-56; — Cass., 9 juillet 1877 : D., 77-1-417; S., 77-1-369; — Cass., 11 mars 1879 : S., 80-1-53), c'est implicitement affirmer que la nature des catégories juridiques desquelles ces deux actes font partie est tellement différente, que l'équilibre entre le dispositif du principe du gage indiquant ses effets, n'existerait plus, si l'on cherchait à mêler les deux ordres d'hypothèses, — ou bien, c'est dire avec M. Planiol en des termes plus usités, que « le contrat (de gage) tend à établir un droit particulier qui ne peut se constituer d'aucune autre manière » (1).

(1) Planiol, t. II, 1908, n° 2424; — Aubry et Rau, t. IV, 1871, p. 703, note 13. — Av. un exemple analysé de cette manière que nous préconisons : Vareilles-Sommières, *Définition et notion juridique de la propriété* (Rev. trim., 1905, p. 474 et sv).

SECTION VI

STRUCTURE ET RÔLE DE LA CONSTRUCTION JURIDIQUE

32. De tout ce que nous venons de dire, et de l'analyse des deux exemples de la section précédente, il résulte que *toute règle juridique est une construction dans laquelle le dispositif se contrebalance avec l'hypothèse*, et qu'à l'intérieur de l'hypothèse se forment des catégories d'intérêts qui peuvent guider l'appréciation de la portée du dispositif.

On voit, dès lors, le grand rôle de l'étude de la construction juridique, et la manière dont nous la comprenons : construire, pour nous, ce n'est pas chercher des principes abstraits qui, une fois formés, resteraient intangibles par leur nature même, et immuables par un rationalisme qui les imposerait comme une nécessité inexorable, mais rechercher la réalité juridique des intérêts sous une forme systématisée, forme nécessaire à toute manifestation de l'intelligence humaine, en vue de faire œuvre de science ; chercher les catégories juridiques auxquelles une règle de droit objectivée dans la loi peut s'appliquer, ce n'est pas fixer d'une manière définitive et limitative leur nombre et, par là, arriver à une immutabilité de la loi, mais c'est trouver simplement le moyen le plus universel pour dégager « les formes saillantes et comme les arrêtes vives des réalités

sociales » (1). En ce sens-là, *toute construction technique est en même temps un moyen d'adaptation du droit*. En effet : dire que la loi est générale dans son applicabilité, ce n'est pas dire qu'elle doit s'appliquer à tous les intérêts qui méritent une protection juridique, mais simplement affirmer que, dans un cercle déterminé, dans une catégorie d'intérêts, elle trouve son applicabilité sans restriction (2) ; or, construire, dans le sens que nous attachons à la construction juridique, c'est déterminer l'étendue de chaque catégorie d'intérêts par rapport aux effets que la loi leur fait produire, et, par là même, trouver l'endroit où une divergence se produit entre le principe de la loi et l'évolution économique et sociale ; en d'autres termes, construire, c'est mieux apprécier la valeur qu'accorde la loi aux intérêts, au moment de sa confection, c'est apprécier le poids qu'on leur donne, au point de vue de la conception d'utilité sociale, dans la balance de l'équilibre établi par le droit d'une époque quelconque ; et, inversement, se rendre compte des différences qui se sont produites dans l'appréciation de ce poids, de cette valeur. Trouver dès lors la construction juridique d'une institution quelconque, déterminer, par là même, les catégories d'intérêts qui y sont protégés, se rendre compte de la valeur qu'on leur

(1) Comp. Génv, *Procédés d'élaboration du droit civil* (dans *Les Méthodes juridiques*, p. 190).

(2) M. Leroy, *La Loi*, p. 164-165 ; — Génv, *Méthode d'interprétation*, p. 156.

a accordée, c'est, en même temps, pouvoir apprécier la mesure dans laquelle leur rapport juridique peut être changé, et, d'une manière générale, mieux frayer le chemin par où le droit nouveau peut s'infuser dans le droit ancien. D'autre part, en tant que le droit, dans sa généralité, n'est qu'une appréciation de valeur, — construire, c'est placer le rôle de chaque valeur juridique dans le cadre du droit d'une époque, et, — diré que la construction peut offrir le moyen de découvrir les influences possibles des nouveaux courants sur les catégories anciennes et, par là, sur le rapport juridique lui-même, — c'est implicitement affirmer que la construction juridique offre le moyen d'introduire de nouvelles valeurs, qui se sont imposées, en dépit d'autres, dans la table des valeurs de l'ordre moral ou économique-social avec lesquels, — nous espérons l'avoir prouvé, — le droit se trouve dans une si forte liaison. C'est de cette manière que la construction technique est un moyen d'adaptation du droit, et c'est de cette manière qu'elle s'impose tant à l'interprète qu'au législateur lui-même.

33. La construction juridique, que nous défendons, et que nous affirmons comme seul moyen d'adaptation du droit, ne se heurte pas à l'objection d'abstraction pure, qu'on avait faite aux constructions doctrinales de l'école des interprètes du Code ; appuyant la construction juridique sur les principes de la loi, nous ne considérons pas ces principes comme intangibles ; mais,

en tant que rapports d'équilibration des intérêts, rapports qui puisent leur fondement dans un système de catégories réelles, leur nature, et même leur existence, se trouvent dans une dépendance continue de l'évolution produite dans la réalité sociale. C'est en comprenant de cette manière tous les principes posés dans la loi, que nous avons repoussé l'opinion de M. Géný sur l'applicabilité obligatoire de la loi, avec l'esprit de sa création, et c'est pour les mêmes motifs que nous avons approuvé, à peu près en tout, les conclusions de M. Saleilles sur la variabilité du sens de la loi.

La valeur que nous accordons à toute construction juridique est une valeur purement relative (1) ; la construction ne représente pas pour nous simplement « une tentative de la science, pour expliquer rationnellement des dispositions positives » (2) ; nous ne croyons pas, avec M. Labbé, « que toute loi écrite est confiée aux juristes pour être interprétée selon la raison » (note S., 1893-1-66), — mais, approuvant en tout M. Saleilles, qui nous a été très utile, d'ailleurs, comme guide général dans l'élaboration de notre opinion, nous considérons

(1) Comp. Thaller, *Rapport sur la révision du code civil* (*Bull. de la Soc. d'études législ.*, 1904, p. 496) ; — *La vie juridique du Français*, t. I, 1907. — Av. spécialement la préface p. vi et sv. — Demogue, *op. cit.*, p. 233 et sv.

(2) Vander Eycken, *op. cit.*, p. 40, av. p. 31. — Comp. Géný, *La Notion de droit positif à la veille du XX^e siècle* (*Rev. intern. de l'enseign.*, 1901, p. 20 et sv.) ; — Boistel, *Le Code civil et la philosophie du droit* (*Liv. du centenaire*, t. I, p. 52).

toute construction comme un *à posteriori* (1), résultant non pas simplement de la loi, non pas simplement de l'appréciation faite au moment de la confection de la loi, mais, beaucoup plus, de tout le courant d'idées du moment de son application; par les catégories dont nous avons indiqué la formation à l'intérieur du cercle déterminant la portée du texte légal, nous voulons établir un pont de liaison entre l'esprit ancien et l'esprit nouveau de la loi, — l'esprit du moment de sa confection et celui de son application. Malléable par sa formation, réelle par son essence, la construction juridique variera d'après les changements qui vont se produire dans les cercles d'intérêts qu'elle contient, et, implicitement, transformera le principe même de la loi qu'elle indique; d'autre part, en tant que moyen d'investigation, elle gardera toujours une liaison avec la réalité dont elle est sortie et servira non pas seulement à « expliquer rationnellement » les dispositions de la loi, mais à les mettre en concordance avec les besoins nouveaux (2).

34. D'autre part, c'est seulement en analysant la construction juridique dans ses procédés, qu'on peut

(1) Saleilles, *Préface à L. Lyon-Caen: La femme mariée allemande*, p. XV.

(2) Saleilles, *Refus de paiement pour inexécution de contrat* (*Ann. de dr. com.*, 1892, p. 288 et sv., surtout p. 291, 295). — Comp. Gény, *Méthode d'interprétation*, p. 117; — Jhéring, *Esprit du dr. rom.* (trad. fr.), t. I, p. 39-42, 48-58, t. III, p. 52 et sv., 66 et sv. — J. Cruet, *op. cit.*, 192; — E. I. Bekker, *System des heutigen Pandektenrechts*, t. II, 1889, — *Vorwort*, p. IX-XI.

se rendre compte des endroits par où une valeur nouvelle, qui n'avait pas dans la loi un rôle équivalent au poids qu'on lui donne dans l'opinion générale, peut trouver une place déterminée dans l'organisation juridique existante. En effet : nous avons dit que toute règle juridique est l'image de l'idée d'équilibre entre les intérêts, image que le législateur se traçait au moment de la confection de la loi, et que la discordance qui existe entre la règle établie et une nouvelle institution sociale, qui veut forcer les portes du droit, n'est que le signe d'une modification dans la table des valeurs morales ou économico-sociales existante à ce moment-là ; mais qu'on ne croie pas qu'on pourrait se rendre compte de la mesure de l'influence exercée par le milieu dans lequel le droit vit, soit par une idée générale d'idéal de justice, soit par « une nature des choses positive » : les termes sont trop larges, trop élastiques, le terrain trop fuyant, pour pouvoir donner une idée d'ensemble, et trop vague, pour pouvoir offrir une mesure certaine dans la création du droit.

35. D'ailleurs, dans le domaine économique même, on renonce de plus en plus à chercher une idée d'ensemble ; on renonce à construire des systèmes, et, en dehors des manuels d'école, toute la tendance contemporaine est de surprendre les causes sur le vif, en faisant le plus possible de simples constatations concrètes relatives à des cas particuliers. L'école commencée en Allemagne depuis 50 ans par Hildebrand, Knies

et Roscher, et continuée ensuite sous une forme décisive par Schmoller, passée en France sous l'impulsion de MM. Cauwès et Gide, en est la preuve (1).

D'autre part, dans la morale, comme nous l'avons déjà montré, on ne considère plus un impératif catégorique qui s'imposerait d'une manière générale comme principe rationnel et qui, comme tel, trouverait son application d'une manière invariable à toutes les consciences ; il faut aller plus loin encore, dans la Sociologie générale même, la tendance est toujours la même ; elle se borne à faire de simples constatations qui pourraient bien trouver leur application à des cas spécifiques, mais qui ne peuvent pas prétendre à des généralisations, qui, par la force des choses, seraient contredites à chaque instant. L'abstention, dans tout le domaine de la science sociale, de la création de systèmes d'ensemble peut bien être temporaire (2), mais elle existe, et elle s'impose à l'heure présente sous cette forme.

Et, s'il est vrai que le droit se trouve dans une liaison forte et indéniable avec les autres sciences sociales, rechercher un idéal de justice, ou « une nature des choses positive », serait rester toujours dans le vague et n'offrir rien de certain à la création du droit, en tant que les sciences d'où ces idées générales pourraient naître ne

(1) Av. Ch. Gide, *Cours d'économie politique*, éd. 1909, p. 13-17 ; — pour des détails plus précis : Lambert, *Fonction du dr. civ. comp.*, p. 876 et sv.

(2) Schmoller, *Politique sociale et économie politique*, p. 390.

nous l'offrent pas. Nous ne contestons pas leur exactitude, au point de vue de leur existence, nous ne voulons pas dire qu'il n'existe pas, à chaque époque, un idéal de justice, — nous ne voulons pas dire que cet idéal de justice, relatif dans son contenu, surtout de la manière dont M. Saleilles le soutient, est une pure irréalité métaphysique et que, par conséquent, il ne pourrait pas s'imposer, — mais il est trop général, trop insaisissable, et, s'il ne peut offrir qu'une direction vague, sans nous donner les moyens de sa réalisation effective, il ne peut servir que de point de départ à une méthode juridique et non de point d'arrivée. Dire même, avec M. Lambert, qu'il faut demander une orientation « spécialement aux politiques économiques nationales envisagées soit individuellement, soit surtout par leur comparaison entre elles » (1), nous semble, quoique dire beaucoup, — ne pas assez dire.

36. Dès lors, notre méthode s'impose : du moment que les domaines desquels le droit s'inspire, et dont il est forcé de s'inspirer, ne peuvent nous offrir que des directions générales et vagues et d'une certitude douteuse dans leur généralité, il faut chercher les moyens d'adapter les données concrètes particulières, telles qu'elles nous sont procurées ; et ces moyens ne peuvent

(1) Lambert, *op. cit.*, p. 885, 891-892. — Comp. Seignobos, *La méthode historique appliquée aux sciences sociales*, p. 3 et sv. ; — Cossa, *Histoire des doctrines économiques*, p. 62 et sv.

être trouvés que dans l'analyse de la structure de la construction juridique. Mais nous allons plus loin encore : supposant même que les ordres moral, ou économico-social pourraient nous offrir une synthèse définitive et certaine des courants nouveaux qui se sont affirmés en eux, nous ne pourrions les appliquer, tout en ayant conscience de leur valeur, que par une analyse ou, si l'on préfère, par une anatomie de la structure juridique, — et cette analyse n'est offerte que par la construction juridique telle que nous l'avons comprise : balancement entre les intérêts en vue d'une paix sociale et, de chaque côté de la balance, un système de *catégories réelles*, qui, seules, nous donnent la mesure de l'équilibre. C'est en ce sens-là que nous avons dit, au commencement de notre travail, que *toute adaptation du droit est une question de technique*.

37. D'autre part, étant donné que tout élément moral, social ou économique n'est qu'une valeur au point de vue de la virtualité de leur réalisation, il résulte, qu'en cherchant la mesure de leur applicabilité dans le droit, il faut s'adresser aux classes particulières, dans lesquelles ces valeurs ont été créées, où ont affirmé leur prépondérance. A ce point de vue, le défaut de généralité des lois sociales, en parlant d'une manière absolue, n'est pas insurmontable, et les données offertes par ces sciences, dans l'état où elles se trouvent à l'époque actuelle, sont suffisantes. Constater, à l'aide de la statistique, que les grèves, comme moyen de lutte sociale,

deviennent de plus en plus nombreuses, — c'est arriver à la réalisation du droit de grève (1), — constater le développement de plus en plus grand du machinisme, et les accidents de plus en plus nombreux qui se produisent, malgré la meilleure intention de les éviter, c'est arriver à la responsabilité du fait des choses, en dehors de tout élément intentionnel, ou au risque professionnel (2) et, indirectement, à l'assurance générale du patron pour les accidents qui pourraient arriver à ses ouvriers. Dans chaque exemple, constater que, dans la grève, la *mise à l'index* du patron, pour le décider au renvoi d'un ouvrier, devient un moyen de lutte nécessaire dans l'organisation des syndicats, c'est arriver, dans des cas spéciaux, à décider que cette espèce de pression exercée sur le patron, « quelque répréhensible qu'elle puisse être dans certains cas, ne constitue plus un délit pénal depuis l'abrogation de l'article 416 du Code pénal » (3). Constater, dans la responsabilité, qu'il ne faut pas se conduire d'après une conception unique, mais qu'il faut appliquer à des catégories réelles juridiques, des caté-

(1) Paul Pic, *La législation industrielle*, p. 195 et sv., éd. 1909.

(2) Av. Saleilles, *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, 1897 ; — Note dans D. P., 97-1-433 ; — L. Josserand, *De la responsabilité du fait des choses*, 1897.

(3) Grenoble, 28 octobre 1890 : D., 91-2-241 ; — Cass., 22 juin 1892 : D., 92-1-449, et sur renvoi : Chambéry, 14 mars 1893 : D., 93-2-191, — Nancy, 14 mai 1892 : D., 92-2-433 ; — Lyon, 2 mars 1894, et 15 mai 1895 : D., 95-2-305, et 95-2-310 ; — Paris, 18 mars 1896 : D., 96-2-184 ; — Cass., 25 janvier 1905 : D., 05-1-453.

gories spéciales d'intérêts économiques, c'est arriver à l'arrêt de rejet de la Chambre civile rendu le 16 juin 1896 et à celui de la Chambre des Requêtes du 30 mars 1897 (D., 97-1-433) (1).

Dès lors, découvrir la catégorie exacte d'intérêts auxquels une loi doit s'appliquer, c'est formuler le diagnostic d'une espèce juridique, et, par là, implicitement, avoir la clé pour résoudre la discordance dans laquelle elle se trouve avec des textes légaux ; plus encore, faire l'analyse de toute règle juridique, d'après les catégories d'intérêts qu'elle doit régir, c'est pouvoir appliquer d'une manière plus ou moins exacte des données concrètes, fixées à des cas spéciaux, qui ont été observés et constatés dans les deux ordres moral et économique-social. D'ailleurs, nous ne faisons que déterminer d'une manière, croyons-nous, plus précise, la pensée de M. Lambert, qui écrit : « Le jeu des principes et des constructions permet au jurisconsulte d'assigner à chaque institution nouvelle, quand elle s'y prête, sa place naturelle dans notre système juridique et, par là même, sa réglementation. Si, par son développement normal, cette institution sort, par quelques points, des cadres anciens de la loi, le jurisconsulte constatera que tel ou tel principe trop étroit a été élargi. Par cette brèche pourront ensuite se glisser d'autres créations de la vie » (2).

(1) Charmont, *Rev. crit. de légis. et de juris.*, 1898, p. 129-136.

(2) Lambert, *Rev. intern. de l'enseign.*, 1900, t. II, p. 229.

En indiquant le moyen d'analyse, de toute règle juridique, nous ne faisons que donner un instrument au novateur dans le droit pour découvrir « la brèche » même, par où pourrait se glisser la réglementation des nouveaux besoins qui apparaissent.

Mais, si l'on peut dire que la construction juridique est un moyen de découverte du droit, pour tout créateur dans le droit, qu'elle offre une orientation dans la vie juridique, il ne faut pas se méprendre sur notre pensée et croire que nous admettons que les constructions juridiques peuvent figurer dans la loi même : en tant que moyens techniques, en tant qu'art d'orientation, elles sont, et doivent rester, variables par leur nature même, — et les employer dans le texte légal serait immobiliser la pensée juridique (1).

38. En matière d'interprétation, par les tribunaux, d'un texte de loi, la manière de raisonner, que nous affirmons, en fixant des catégories pour les intérêts auxquels la loi doit s'appliquer, a été maintes fois employée par la jurisprudence. Un exemple assez suggestif nous en est offert dans la matière de la prescription : peut-on invoquer la prescription acquisitive en face du tiers propriétaire en vertu d'un titre non transcrit ? Telle était la question qui se posait dans la jurisprudence ; et elle a raisonné de la manière suivante : l'article 2265

(1) Comp. Saleilles, *Intr. à l'étude du droit civil allemand*, p. 105 ; — *Préface à l'op. cit.*, L. Lyon-Caen, p. XV-XVI.

n'impose pas la transcription pour la prescription ; d'autre part, la transcription se trouve dans la même catégorie juridique que l'intérêt des tiers qui pourraient traiter avec l'aliénateur postérieurement à l'aliénation ; la loi même du 23 mars 1855, dans son article 3, fait l'application de cette idée et détermine d'une manière limitative le nombre de ceux qui peuvent invoquer le défaut de transcription, — et le tiers propriétaire n'y figure pas ; par conséquent, en tant que la catégorie d'intérêts protégée par la transcription est absolument différente de celle des intérêts du tiers propriétaire, la transcription n'est pas nécessaire (Bastia, 5 février 1890 ; D., 1890-2-363 ; S., 90-2-136 ; — Caen, 17 mars 1891 : S., 91-2-118). Il nous semble même que la critique que M. Planiol (1) adresse à cette jurisprudence, en soutenant que le défaut de transcription devrait être invocable même par le tiers propriétaire, n'est pas fondée, en tant qu'il méconnaît la valeur qu'on accorde, dans les temps contemporains, à deux catégories d'intérêts qui se trouvent en lutte dans l'espèce. En effet : la prescription acquisitive a été, de tout temps, équivalente à la protection de l'intérêt général, du crédit et de l'ordre social (2), en face de l'intérêt individuel du propriétaire ; dire prescription, c'est affirmer l'intérêt de l'ordre social. D'autre part, la transcription est équivalente aux intérêts des personnes qui, en

(1) Planiol, t. I, 1908, n° 2665.

(2) Av. Planiol, *Ibid.*, n° 2645 ; — Comp. Girard, *op. cit.*, p. 297, note I.

traitant avec le vrai propriétaire, pourraient être trompées par la mauvaise foi de celui-ci : dans un cas comme dans l'autre, le tiers propriétaire est exclu de la catégorie des personnes qui contrebalancent, dans l'équilibre établi par ces deux institutions, soit le dispositif de la prescription, soit celui de la transcription. Dès lors, dire qu'en face d'une durée de temps, qui pourrait bien amener tout le monde à croire à l'existence de la propriété pour l'acquéreur, dont le titre n'a pas été transcrit, le tiers propriétaire pourrait invoquer le défaut de transcription pour ébranler cette croyance et, par elle, la propriété elle-même, — c'est affirmer qu'un intérêt individuel peut vaincre un intérêt social et, par là, se mettre en contradiction avec le courant du droit contemporain, qui fait de plus en plus prévaloir le droit social sur le droit individuel. Ne voit-on pas, dans les temps contemporains, affirmer de plus en plus que la croyance de l'existence du droit crée dans le milieu social constitue la base de l'acquisition des droits ? « Il suffit donc, pour que nous devenions propriétaire ou créancier à la suite d'un acte de nature à transférer la propriété ou la créance, qu'à l'occasion de cet acte se forme, dans le milieu, *la croyance* qu'il nous a rendu propriétaire ou créancier, et, si cette croyance suffit, alors même que nous n'avons pas acquis du propriétaire véritable ou d'un créancier ayant une créance valable, c'est donc qu'elle est l'élément qui fait acquérir et que les autres éléments n'ont d'effet qu'en tant qu'ils

servent à cette croyance de fondement » (1), écrit M. E. Lévy.

39. On comprend ainsi la manière dont il faut étudier les catégories d'intérêts protégés par la loi à l'intérieur de la construction juridique : ce ne sont pas des catégories abstraites, ce ne sont pas des intérêts en soi, considérés d'une manière rationnelle, mais c'est l'intérêt réel qui se transforme au sein de la construction juridique avec l'évolution sociale, et, en ce sens-là, il y a une liaison continuelle entre toutes les dispositions d'une loi élaborée à une époque quelconque, en tant qu'elle toute, prise dans son ensemble, comme dans le détail de chacune des catégories d'intérêts qu'elle protège, découle de l'état social d'une époque quelconque : *dire catégorie juridique, c'est, pour nous, dire appréciation réelle*, ou, si l'on préfère, c'est affirmer la place qu'une valeur sociale, économique ou morale a, par rapport à l'opinion du temps dans lequel la loi est appliquée, dans l'équilibre qu'elle tend à établir. L'erreur de M. Planiol, dans l'espèce citée, nous semble une erreur technique de placement d'un intérêt dans une catégorie qui ne peut pas le recevoir et qui, par conséquent, ne peut pas attirer le dispositif qui la contrebalance.

(1) E. Lévy, *Exercice du droit collectif* (Rev. trim., 1903, p. 101 et sv.).

SECTION VII

LE BUT DANS LE DROIT. -- LE DÉPLACEMENT DE VALEURS

LA CATÉGORIE RÉELLE

40. Ainsi comprise, par l'analyse systématique des catégories réelles, auxquelles elle doit s'appliquer, la construction juridique devient un instrument d'évolution : *analyser la structure de la construction, c'est se rendre compte de la mesure de son application*, — mieux apprécier l'étendue de chaque catégories d'intérêts de l'hypothèse, qui pourrait contrebalancer le dispositif de la règle inscrite dans la loi, ou si l'on préfère, mieux se rendre compte de l'aspect de l'institution juridique. C'est à l'intérieur des catégories d'intérêts formées dans l'hypothèse, qui contrebalance le dispositif, qu'on peut introduire *l'idée de but dans le droit* ; d'ailleurs, l'idée de but se trouvait implicitement affirmée par nous dans l'idée de catégorie réelle, elle-même inspirée de la nature de sa création, prise dans l'ensemble des motifs qui ont déterminé son existence dans l'hypothèse de la règle juridique ; c'est en ce sens-là, que nous avons affirmé que *l'idée de but se confond avec celle de cause efficiente*, expression qui nous semble mieux indiquer l'endroit où il faut chercher le point d'irruption d'un courant nouveau dans la règle juridique.

L'idée de but se traduit, au point de vue technique,

dans la formation de *catégorie réelle* ; dire avec Jhéring, — MM. Saleilles et Vander Ecken (1), que l'idée de but est le seul guide réel pour pouvoir expliquer la mobilité du droit, par conséquent affirmer l'impuissance des lois d'arrêter la marche évolutive de la vie juridique, dire que l'idée de but gouverne toute modification des principes du droit positif, c'est affirmer d'une manière générale, et par conséquent assez vague au point de vue de l'application pratique, le *pourquoi rationnel de l'évolution du droit* et de la nécessité de la mobilité de la règle juridique positive. Mais soutenir, comme nous le faisons, que toute évolution du droit n'est qu'un déplacement de valeurs des ordres moral et économique-social dans l'ordre juridique, que ce déplacement se produit à l'intérieur de la construction juridique dans les catégories réelles d'intérêts, qui se balancent avec le dispositif de toute règle positive juridique, c'est affir-

(1) Jhéring, *Zweck im Recht* (tr. fr.), *passim*, p. 8, 13, 39, 305 ; — *Espr. du droit romain* (tr. fr.), t. IV, p. 69-71 ; t. III, p. 54-55. — Comp. Gény, *op. cit.*, p. 470-473 ; — Saleilles, *Déclaration de volonté*, art. 133, n° 45, p. 215, n° 94, p. 232 ; — *Art. cit.*, *Ann. de droit comm.*, 1892, p. 292-293 : « S'en tenir au but comme explication du droit existant, ce n'est pas une bien grande nouveauté, mais comment il peut devenir un point d'orientation, ou le critérium du droit à venir, c'est là ce qui est nouveau et le point qui doit caractériser l'école nouvelle » ; — Mallieux, *la Méthode des jurisconsultes* (*Rev. de métaphysique*, 1907, p. 431) ; — Vander Eycken, *Méthode positive d'interprétation juridique*, p. 10-11, 44, 53 et sv., p. 189 et sv. — Comp. Cass., 4 juillet 1901 : S., 1902-4-213, en matière de contrat spécialement.

mer, il nous semble, d'une manière certaine, le moyen pratique de la réalisation de cette évolution ; c'est trouver *la raison pratique de toute transformation* : en ce sens-là, notre opinion n'est pas contraire à celles qui soutiennent l'idée de but, mais simplement complémentaire ; notre thèse ne contredit pas l'idée de but, elle la renforce simplement au point de vue pratique. Les auteurs que nous citons posent simplement le principe rationnel, nous, nous occupant de la technique, nous lui offrons un moyen de réalisation pratique (1).

41. La règle imposée par l'article 900 du Code civil, et les atténuations apportées par la jurisprudence sont un exemple assez probant de l'application de l'idée de but dans le sens philosophique de cause efficiente, concomittante avec celle de déplacement de valeurs et avec le moyen tiré des catégories réelles dans la construction juridique. En effet, d'après cet article, les conditions impossibles et celles contraires aux lois ou aux mœurs seront réputées non écrites dans les donations et les testaments. La disposition est assez rigoureuse dans ses résultats pratiques, puisqu'elle fait subsister la donation, sans que le donataire ait à prouver l'accomplissement de la condition (2). Dès lors, chercher la cause

(1) Comp. Mallieux, *Exégèse des Codes*, p. 145, 219-220.

(2) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VII, p. 288 et suiv. ; — Planiol, *op. cit.*, t. III, 1908, n° 3026 et suiv. — Comp. Martin, *Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs*, 1887, *passim*, surtout p. 335 et suiv., p. 355-392.

efficiente de cette disposition, c'est se rendre compte, d'une manière rationnelle, de la modification qu'elle aurait pu subir; chercher le déplacement de valeur opéré dans cette modification, et découvrir l'endroit où il a été opéré, le point exact de la modification de valeur introduite, c'est, par là même, découvrir la portée exacte de ce texte dans l'époque actuelle. Dire que l'article 900 trouve son origine dans la loi des 5-12 septembre 1791, dirigée contre une réaction possible de la noblesse à l'encontre de certaines lois révolutionnaires, c'est trouver par là même le but de l'institution, qui était la lutte contre un état d'esprit spécial à cette époque, — et, indirectement, c'est découvrir que, sur certains points, la rigueur de cet article doit disparaître, en tant que le but ne trouve plus son application : le but conduit ainsi à dire que la condition illicite devient plutôt une question de fait, qu'une question de droit (Cass., 1886 : D., 87-1-157; S., 87-1-241) (1). D'autre part, dire que l'article 900 est la conséquence directe de l'affirmation de la valeur sociale des idées morales et sociales d'égalité et de liberté, — qu'il n'est que la victoire de ces idées traduites sur le terrain du droit dans un cas spécial; que, par conséquent, dans son esprit, il est dirigé contre l'*intention* d'un donateur qui voudrait lutter contre un ordre juridique nouveau, sorti de ce déplacement de

(1) Comp. Saleilles, *Déclaration de volonté*, art. 138, *passim*, p. 252 et sv., surtout n° 3 et sv., n° 33 et sv., n° 44-45.

valeurs, c'est arriver à la conclusion que la cause impulsive et déterminante, de nature purement subjective, constitue la base de toute annulabilité dans la théorie des conditions illicites, et que, par conséquent, il faut lui appliquer, quand cette cause impulsive et déterminante est prouvée, l'article 1131, d'une manière générale, et annuler la donation dans son ensemble comme ayant une cause illicite (1). Combiner l'idée de but avec celle de déplacement de valeurs, opéré par un nouveau courant social et chercher les catégories d'intérêts qui se trouvent sous l'influence directe de ces deux idées, que nous venons d'analyser, — rechercher par là dans quelle mesure on peut dire qu'on doit appliquer soit l'article 1131, soit l'article 900, c'est arriver à conclure que, dans des cas spéciaux : I. L'article 900 n'est pas applicable à un acte juridique qui, quoique contenant une donation, « participe en même temps du contrat commutatif, et présente, dans ses diverses dispositions, une corrélation qui les rend indivisibles » ; qu'en pareil cas le donataire, pour réclamer l'exécution de la disposition en sa faveur, doit prouver l'accomplissement de

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VII, p.290, note 6 ; — Paris, 12 novembre 1858 : S., 59-2-307 ; — Cass., 21 mars 1860 : S., 60-1-321 ; — Cass., 31 juillet 1860 : D., 60-1-458 ; S., 60-1-833 ; — Cass., 3 juin 1863 : Sir., 64-1-269 ; D., 63-1-429 ; — Cass., 7 juillet 1868 : S., 68-1-436 ; — Cass., 17 juillet 1883 : D., 84-1-156 ; S., 84-1-305 (*note Labbé*) ; — Cass., 28 juin 1887 : D., 88-1-435 ; S., 89-1-99 ; — Cass., 8 avril 1889 : D., 90-1-205 ; S., 89-1-212. — Comp. Martin, *op. cit.*, *passim*, p. 335 et sv.

la condition (1) ; II. que l'article 900 devient applicable, et que, par conséquent, il s'agit d'une condition illicite, dans tous les cas où la condition « tend à restreindre ou à gêner la liberté de conscience du donataire ou du légataire », à exercer une influence sur sa liberté civile ou religieuse, ou à contrarier l'intérêt public (2) ; III. c'est, croyons-nous, seulement par l'établissement de la catégorie exacte d'intérêts qui contrebalancent le dispositif de l'article 900 que la Cour de cassation, dans un cas spécial, a cassé un arrêt de la Cour de Caen (Caen, 24 juillet 1894 ; D., 95-2-269 ; S., 95-2-279 ; — Cass., 22 décembre 1896 ; D., 98-1-537 ; S., 97-1-397), qui déclare comme immorale la condition qui obligeait une veuve âgée de vingt ans à garder le célibat.

42. C'est de la même manière, en introduisant l'idée de but, dans le sens de cause efficiente, combinée, pour sa réalisation pratique, avec l'idée de déplacement de valeur à l'intérieur de la formation structurale d'une construction juridique, — que la jurisprudence est arrivée à apporter des atténuations très décisives à la prohibition des substitutions d'après l'article 896 du Code civil (3). Un des motifs invoqués par la jurisprudence

(1) Aubry et Rau, *ibid.*, p. 289 ; — Demolombe, t. XVIII, p. 316. — Orléans, 30 mars 1852 : S., 53-2-13 ; — Cass., 12 novembre 1867 : S., 68-1-34 ; — Planiol, *ibid.*, n° 3033-3034.

(2) Comp. Aubry et Rau, *ibid.*, notes 8-17, avec des renvois pour la doctrine et la jurisprudence.

(3) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VII, p. 298 et sv. ; — Planiol *op. cit.*, t. III, p. 830 et sv. ; — Ed. Lambert, *De l'exhérédation*

elle-même le prouve d'une manière évidente : « At-
tendu que, plus on s'éloigne de l'époque où l'abus des
substitutions les avait fait énergiquement proscrire
comme un *danger social*, et plus, en une matière aussi
délicate, la sagesse conseille aux magistrats de se
montrer moins formalistes et moins rigoureux, pour en
revenir, toutes les fois qu'ils le peuvent, à l'antique et
sage maxime du droit romain : *dicat testator et erit lex* »,
dit un arrêt — (Nancy, 1 mai 1875 : S., 76-2-19, col. 3) (1).
Or, dire avec cette jurisprudence qu'une pratique quel-
conque peut devenir, dans une époque donnée, un pé-
ril social ; ce n'est autre chose qu'affirmer que sa va-
leur, au point de vue de l'utilité sociale qu'elle repré-
sente, a été tellement amoindrie qu'au lieu de le servir,
elle marche contre l'idée qu'on se fait de l'ordre social, —
en d'autres termes, c'est prétendre qu'il y a eu une mo-
dification dans la table des valeurs sociales, que cette
modification s'est traduite d'une manière réelle par une

et des legs faits au profit d'héritiers présomptifs, 1895, p. 567-573,
584-597 ; — Albert Tissier, *Legs conditionnels et substitutions
prohibées* (Rev. trim., 1903, p. 743 et sv.) ; — J. Cruet, *La vie du
droit*, p. 162-163 ; — E.-H. Perreau, *Du rôle de l'habitude dans
la formation du droit privé* (Rev. trim., 1911, p. 292) ; — Pilon,
Rev. trim., 1902, p. 924.

(1) Comp. Cass., 26 avril 1875 : D., 75-1-485 ; — Cass., 16 juillet
1885 : D., 86-1-103 ; — Limoges, 23 juin 1886 : D., 87-2-78 ; —
S., 89-1-454 ; — Cass., 6 février 1889 : D., 89-1-62 ; — S., 89-1-454 ;
— Cass., 20 décembre 1892 : D., 93-1-117 ; S., 94-1-501 ; —
Besançon, 18 décembre 1896 : S., 97-2-32 ; — Cass., 7 mai 1900 :
D., 1900-1-375.

modification dans l'ordre juridique. D'autre part, employer le système des catégories réelles d'intérêts protégées par la prohibition de l'article 896, c'est arriver, avec la jurisprudence, à dire : que les legs de *residuo* ou *de eo quod supererit*, ne tombent pas sous la rigueur de cet article en tant qu'ils constituent bien la charge de rendre, mais non pas celle de conserver; que, par conséquent, ils ne peuvent pas présenter un péril pour la valeur du crédit social et de la circulation des biens qui s'affirme de plus en plus (1) : la catégorie réelle, qui garde toujours un lien avec la réalité des courants sociaux, explique l'application de l'article 896 aux legs de *residuo* jusqu'à 1825 (Cass., 18 frimaire an V : S., chron.; Paris, 19 juin 1888 ; Riom, 6 avril 1821 : S. chron.), parce que jusqu'à cette époque ceux qui avaient intérêt à détruire l'ordre social organisé après la Révolution étaient trop nombreux, trop convaincus des anciens principes, et n'avaient pas encore renoncé à une lutte, par tous les moyens, pour le rétablissement de l'ancien ordre ; l'application de l'article 896, jusqu'à 1825, aux legs de *residuo* est moins une application strictement juridique, qu'une lutte contre la conscience subjective de ceux qui auraient eu un intérêt au rétablissement de l'ancien ordre social.

(1) Comp. Planiol, *ibid.*, n° 3293, p. 837 ; — Toullier, V, p. 38 ; — Duranton, VIII, p. 75 ; — Troplong, I, p. 131-132 ; — Aubry et Rau, t. VII, p. 311, note 28.

L'époque de 1825-1827, où la jurisprudence valide les legs de *residuo* pour la première fois (Bastia, 20 janvier 1825, et Cass., 1^{er} février 1827 : D., 27-1-130 ; S. chron.), correspond, dans l'ordre social, à la dernière lutte de la noblesse pour le rétablissement de l'ancien régime ; et, si elle se maintient ensuite, c'est parce que la défaite de l'ancien régime semblait cette fois-ci définitive. C'est par l'application de la construction juridique — et, grâce à elle, par l'examen des catégories réelles d'intérêts qui méritent une protection juridique, que la pratique judiciaire est arrivée à la théorie des legs conditionnels pour éluder l'article 896, et que la jurisprudence les a validés (1), — et c'est, croyons-nous, par la même idée, de déplacement de valeurs à l'intérieur de la catégorie réelle, qu'on peut expliquer le pouvoir accordé aux juges du fait de « rechercher souverainement si le testateur a voulu faire une substitution prohibée ou un double legs conditionnel », en revenant d'une manière indirecte sur la jurisprudence antérieure à 1873 ; la Cour de Cassation se trouve, il nous semble, sur le vrai chemin, en décidant que la distinction entre une substitution prohibée et un double legs conditionnel est une question de fait, et que son rôle est simplement de

(1) Paris, 7 décembre 1835 : S., 36-2-86 ; — Cass., 30 décembre 1835 : S., 36-1-108 ; — Cass., 30 avril 1855 : D., 55-1-207 : S., 56-1-607 ; — Cass., 18 décembre 1900 : D., 1901-1-121 ; — Cass., 20 juin 1904 : S., 1906-1-81, *note de M. Tissier* ; — Cass., 6 mars 1905 : D., 1905-1-405. — Comp. J. Cruet, *op. cit.*, p. 163.

contrôler si le juge du fait, en classant la disposition dans la catégorie des legs conditionnels ou des substitutions, lui a appliqué ou non les règles qui concernent chacune d'elles (Cass., 10 février 1891 : D., 91-1-254 ; S., 91-1-105 ; — Cass., 2 février 1892 : D., 92-1-506) (1).

SECTION VIII

MISE EN ŒUVRE DE LA THÉORIE DU DÉPLACEMENT DES VALEURS

43. Dans tous ces exemples, l'idée de déplacement de valeurs comme fondement concret de toute évolu-

(1) En effet si, après 1873, on décide que la distinction entre une substitution prohibée et un double legs conditionnel est une question de fait (Cass., 27 avril 1874 : D., 75 1-13 ; S., 74-1-315 ; — Cass., 15 mai 1877 : S., 77-1-264 ; — Cass., 18 janvier 1893 : D., 93-1-575 ; S., 94-1-502 ; — Cass., 27 juin 1894 : D., 95-1-204 ; S., 98-1-501), c'est parce que l'intérêt qui trouve sa protection dans l'article 896 est changé ; — ce n'est plus la crainte de la renaissance de l'ancien régime, mais *le besoin de la circulation des biens*, qui commence à se ressentir de plus en plus comme une conséquence du grand essor économique qui commence surtout après 1850. Or, c'est seulement le juge du fait, qui peut se rendre compte dans chaque espèce spécialement si une disposition peut ou non entraver cette circulation des biens. Dès lors, l'affirmation de M. Lambert « qu'il est impossible au testateur de prévoir, au moment où il dispose, si sa volonté recevra ou non effet » (*De l'exhérédation*, n° 818), en face de l'indécision de la jurisprudence, nous semble un peu exagérée. Ce serait dépasser notre cadre si nous insistions plus, mais on peut bien soupçonner le critère que nous voulons donner. Voy. Planiol, t. III, p. 840, note 1 : jurisprudence très nombreuse qui, analysée dans ses « attendus », conduit à notre affirmation.

tion du droit, démontre, par elle-même, son importance, et l'analyse structurale de la construction juridique apparaît nécessairement comme utile, en tant qu'instrument de mise en œuvre de l'évolution. Sans les analyser, comme nous avons fait pour les autres exemples, nous pouvons citer beaucoup d'autres institutions qui prouvent jusqu'à l'évidence, dans leur évolution, l'opinion que nous défendons.

§ 1. — *La Famille*

44. Nulle part mieux que dans le droit de famille, les transformations opérées par la jurisprudence, ou même les modifications introduites par voie législative, ne peuvent plus clairement s'expliquer que par l'idée d'un déplacement de valeurs morales et sociales dans l'ordre juridique : « La transformation du droit sexuel et familial a été la conséquence d'une transformation des conditions morales et matérielles : l'initiative délibérée du législateur ne s'y révèle pas », écrit M. Cruet (1). Puissance paternelle et puissance maritale sont transformées non pas simplement dans leur forme, mais dans leur fondement même par l'introduction de l'idée, plutôt morale, de protection, qui remplace celle d'autorité ; l'addition aux articles 334 et 335, Code pénal, qui, seuls, réglaient la déchéance de la puissance paternelle, des

(1) J. Cruet, *op. cit.*, p. 125 ; — comp. les pp. sv.

lois du 7 décembre 1874, 24 juillet 1889, 5 ou 12 avril 1898, n'est que l'affirmation de cette idée morale de protection qui s'accroît de plus en plus dans la pensée contemporaine (1) ; pour l'autorité maritale, il semble qu'une tendance s'affirme de plus en plus à considérer la femme par rapport à cette autorité, non pas incapable « comme telle, mais à raison du régime matrimonial sous lequel les conventions matrimoniales l'ont placée » ; — et cette tendance a trouvé son application législative dans le Code civil allemand (2). — La protection de plus en plus grande des enfants naturels, — qui va jusqu'à la tendance d'une abrogation de l'article 340 Code Civil (3), et la traduction de cette idée, jusqu'à présent, d'une manière positive dans la jurisprudence, par une réparation du préjudice causé par la séduction, en appliquant l'article 1382 (4) ou par validation de l'engage-

(1) Comp. Vander Eycken, *op. cit.*, p. 190-192 ; — Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 1731 et sv. Pour la nécessité d'assouplir les lois actuelles d'après les idées morales nouvelles, av. Paris, 20 mai 1898 : D., 99-2-447, *la note*. — Poitiers, 2 juillet 1890 : D., 91-2-17, *note* Bourçart ; — Paris, 1898, 15 décembre : D., 1899-2-57 et *la note*.

(2) Comp. Thaller, *Rapport sur la révision du C. Civ.* (*Bull. de la Soc. d'études législatives*, 1904, p. 485-487).

(3) Comp. Planiol, t. I, p. 493-498 ; — Vander Eycken, *op. cit.*, p. 212-214.

(4) Nîmes, 18 mars 1901 : S., 1902-2-208 ; pour les conditions de la réparation, av. Bastia, 28 août 1854 : D., 56-2-16 ; — Cass., 25 février 1890 : S., 93-1-423 ; pour la nature du fait dommageable et sa motivation, av. Dijon, 27 mai 1892 : D., 93-2-183 ; S., 92-2-197 ; — Paris, 14 février 1890 : D., 91-2-309 ; — Paris, 16 mars 1892 : S., 93-2-541.

ment de pourvoir aux besoins de l'enfant (1), sont autant de preuves de l'affirmation d'une nouvelle morale sociale, qui trouve des applications certaines dans le droit existant.

§ 2. — *Les Obligations*

45. D'une manière générale, des transformations notables ont été opérées par la jurisprudence dans la théorie des obligations, transformations qui, quoique la jurisprudence ne l'affirme pas d'une manière directe, sont pourtant le résultat de nouvelles valeurs économiques et sociales qui se sont développées pendant un siècle d'interprétation du même Code. « Présenter comme les seules sources d'obligations modernes le contrat et le délit, chacun ayant derrière lui son

(1) Le raisonnement de la jurisprudence pour arriver à cette validation est très intéressant : « Les magistrats n'ont pas à rechercher si le promettant est réellement le père de l'enfant ; il suffit que cette personne croit à sa propre paternité pour se sentir tenue d'un devoir de conscience ; dès lors, si elle prend l'engagement d'exécuter ce devoir, cet engagement est valable parce qu'il a une cause morale suffisante » (Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 1530). — Comp. Cass., 15 janvier 1873 : S., 73-1-29 ; Cass., 3 avril 1882 : — D., 82-1-254 ; S., 82-1-404). La catégorie juridique réelle de l'intérêt de l'enfant apparaît sous cette forme nettement protégée en posant comme base de la réparation la croyance du père et en faisant l'engagement valide pour l'enfant même (Angers, 30 avril 1873 : D., 73-2-139 ; S., 73-2-81).

sosie, est devenu presque un enfantillage », écrit M. Thaller (1).

46. La promesse unilatérale, génératrice d'obligation, commence à se créer une place de plus en plus grande, et la jurisprudence valide dans bien de cas son obligativité (2), en tant qu'elle peut servir le mouvement actuel social ou économique, et qu'elle n'apporte pas des incertitudes qui pourraient être nuisibles au crédit (3).

47. L'application faite par la jurisprudence, de plus en plus fréquemment, de la stipulation pour autrui en restreignant ou en modifiant la portée primitive des articles 1119 et 1121 (4), pour faciliter la réalisation de certains effets nécessaires dans l'état économique actuel, pourrait encore servir de preuve de l'affirmation du dé-

(1) Thaller, *Rapport sur la revision du Code Civ.* (Bull. de la Société d'études lég., 1904, p. 491).

(2) Montpellier, 30 janvier 1893 : S., 94-2-84 ; — 15 octobre 1898 : *La loi*, 27-28 novembre 1898 ; — 28 janvier 1870 : I, 296 ; — Cass., 27 juin 1894 : S., 1898-1-434 ; — Nancy, 7 décembre 1895 : P. Fr., per. 98-2-244 — note Geny, surtout p. 246, col. 2. — Comp. Gény, *op. cit.*, p. 535-538. — Lambert, *Du contrat en faveur des tiers*, p. 56, 59, p. 398 et sv.

(3) Geny, *op cit.*, p. 356 ; — Lambert, *Contrat en faveur des tiers*, 387. — Comp. Saleilles, *Déclaration de Volonté*, p. 7, 149 et sv. ; — *Théorie de l'obligation*, n° 138-143 ; — R. Worms, *De la Volonté unilatérale*, thèse, Paris, av. surtout conclusion, p. 197 et sv.

(4) Planiol, t. II, p. 397 et sv. ; — Saleilles, *Théorie de l'obligation*, n° 245-258 ; — Lambert, *Contrat en faveur des tiers, passim*.

placement de valeurs opéré dans la vie du droit : des applications telles que celles faites aux contrats d'assurance sur la vie et d'assurance contre les accidents, celles intervenues dans la matière des fondations, dans les contrats passés par l'administration, ou dans la vente, avec stipulation d'une rente pour un tiers, sont assez suggestives ; chercher à appuyer le résultat à atteindre sur un principe juridique qui rende la validation possible dans l'état actuel du droit et admettre, soit la théorie de l'offre, comme la jurisprudence et certains auteurs (1), soit la gestion d'affaire (2), soit une création directe de l'action, la question reste toujours la même (3), c'est-à-dire qu'il s'agit de s'efforcer de découvrir la catégorie exacte, dans l'équilibre établi par les articles 1119 et 1121, entre les intérêts en présence ; et peut être

(1) Demolombe, t. XXIV, n° 248 255 ; — Laurent, t. XV., n° 559 ; — Paris, 5 avril 1867 ; D., 67-2-221 ; S., 67-2-249 ; — Caen, 14 mars 1876 : D., 79-2-131 ; S., 77-2-332 ; — Cass., 7 février 1877 : D., 77-1-337 ; S., 77-1-393 ; Amiens, 19 décembre 1877 : D., 78-2-224 ; S., 78-2-13 ; théorie mise sur des nouvelles bases dans la jurisprudence récente. Voyez Cass., 8 février 1888 : D., 88-1-193, 201, S., 38-1-29. Av. la variante de M. Thaller : D., 88-2-1.

(2) L'abbé, *Ratification des actes d'un gérant d'affaires* p. 56 ; — *Rev. pratique*, 1889. p. 314 ; Notes : S., 77-1-393 ; S., 91-1-145 ; S., 81-1-5 ; S., 88-249.

(3) Planiol, *op. cit.*, t. II, n° 1226. — Comparez : René Worms : *thèse cit.*, p. 114 et sv. — Champeau, thèse, conclusion ; — Saleilles *Théorie de l'obligation* n° 247-249 : Peut être par une conciliation entre les théories de ces derniers auteurs cités on pourrait trouver une qui puisse correspondre à tous les besoins et combler tous les défauts.

ne serait-il pas trop difficile, en introduisant l'idée de déplacement de valeurs de l'ordre économique dans l'ordre juridique, de trouver le seul véritable chemin ; à ce point de vue, il nous semble que M. Planiol et M. R. Worms n'en sont pas trop loin.

48. La nouvelle théorie du transport des dettes, qui simplifie d'une manière radicale la part de la notion subjective, qui était trop large peut-être dans l'obligation, n'est que l'influence du besoin d'une facilité plus grande dans les affaires et la conséquence directe de l'essor économique contemporain. Au point de vue économique, le rapport dans l'obligation entre le créancier et le débiteur commence à perdre de valeur au point de vue de son utilité, et est remplacé par un rapport entre deux patrimoines (1) : *créancier et débiteur ne représentent plus, au point de vue économique, des valeurs qui puissent s'imposer comme telles ; mais ce sont simplement les « représentants juridiques » de leurs patrimoines. C'est d'ailleurs simplement, croyons-nous, la même tendance de socialisation du droit qui se traduit ici par un effacement de la valeur individuelle du contractant dans le lien contractuel* (2) ; c'est une

(1) Gaudemet, *Etude sur le transport de dette à titre particulier*, thèse Dijon, 1898, p. 30-31 ; — Saleilles, *Cession de dettes* (*Ann. de dr. comm.*, 1890, p. 38-47) ; — *Théorie de l'obligation*, n° 81 et sv., 105 et sv.

(2) Ce n'est pas ici l'endroit pour discuter la valeur de cette nouvelle théorie qui renverse tous les anciens principes, qui considéraient le lien contractuel comme un accord entre deux

sorte de positivation, d'objectivation, du lien subjectif juridique.

49. Dans un contrat spécial, le contrat de travail, une idée nouvelle commence à s'ouvrir le chemin dans la doctrine comme contre-partie de l'affirmation de la valeur de l'ouvrier : on tend de plus en plus à considérer le contrat de travail, comme un contrat de société avec le patron, et par là, on reconnaît à l'ouvrier un droit de propriété sur la chose fabriquée par lui, en se fondant sur l'idée de l'accession du travail de l'ouvrier à la matière brute fournie par le patron ; le salaire de l'ouvrier ne représente plus le prix d'un louage de services, mais le prix de la vente anticipée, faite par l'ouvrier, de son droit futur de propriété sur la chose (1). C'est une orientation toute nouvelle, pleine de conséquences très riches et très complexes, qui va se produire par cette théorie, suite nécessaire, elle-même, de

volontés ; mais il nous semble que l'opinion trop réactionnaire de M. Planiol (*op. cit.*, t. II, n° 394, note 1), se mettrait en désaccord, non pas simplement avec cette théorie-ci, mais avec toute la tendance qui transforme de plus en plus le sujet individuel de droit en un sujet social ; ce n'est plus une personnalité qui intéresse, dans le rapport juridique, par elle-même, par sa valeur propre, mais simplement par la valeur de l'utilité économique et sociale qu'elle représente. — Comp. M. Leroy, *La loi*, p. 255-257 ; — J. Cruet, *op. cit.*, p. 77 ; — Em. Lévy, *Exercice du droit collectif* (*Rev. trim.*, 1903, p. 103-104). Av., pour l'application curieuse de la cession de dette, à l'article 1743 ; — A. Boistel, *Le code civil et la philosophie du droit* (*Livre du cent*, t. I, p. 65-67).

(1) Em. Chatelain, *De la nature du contrat entre ouvrier et patron*, notamment p. 53-60, p. 69-74, 77, 82.

la valeur sociale de l'ouvrier dans l'ordre politique et économique contemporain. « Il faut bien convenir pourtant, écrit M. GénY, que la conception de société, ou celle de partage d'un bien commun, fondées toutes les deux sur la propriété issue du travail, sont de nature à orienter, et le droit positif actuel pour son interprétation, et le droit de l'avenir pour sa formation éventuelle, dans un sens nouveau et plus conforme aux aspirations modernes » (2).

50. Dans le contrat de mariage, l'inaliénabilité de la dot mobilière, création purement jurisprudentielle, et l'avantage que la doctrine veut accorder à la communauté réduite aux acquêts, pour ne citer que ces deux exemples, correspondent, tous les deux, à une affirmation de valeurs économiques nouvelles qui doivent compter dorénavant d'une manière décisive dans la formation des patrimoines. En effet, en ce qui concerne la dot mobilière, à s'en tenir aux textes qui règlent l'inaliénabilité, il faudrait dire, que la dot mobilière doit être aliénable, en tant que l'inaliénabilité est une exception, et par conséquent d'interprétation stricte, et, les meubles ne figurant pas dans l'article 1.554 du Code civil qui règle cette exception, on devrait conclure qu'on ne peut pas étendre

(2) GénY, *Une théorie nouvelle sur les rapports juridiques issus du contrat de travail* (Rev. trim., 1902, p. 337 ; — comp. 338, 340-341.

l'article 1554 à des cas qui n'y sont pas prévus (1). Mais, — considérant que la fortune mobilière commence à avoir une valeur de plus en plus grande ; que, par conséquent, elle doit s'imposer à la protection de la loi dans la même mesure que la fortune immobilière ; que ce serait donc fausser le rôle de l'inaliénabilité dotale que de ne pas vouloir étendre l'article 1554-1556 du Code civil à la dot mobilière, — la jurisprudence est arrivée, plutôt par des raisonnements d'ordre économique, que d'ordre purement juridique, à admettre cette inaliénabilité (2). Dire que, du moment qu'une loi ne règle pas un cas spécial, qui ne pouvait pas être prévu par elle, elle ne peut pas lui accorder sa protection, c'est fausser le sens même du droit. A ce point de vue, MM. Aubry et Rau sont dans le vrai courant, qui doit guider toute interprétation, quand ils écrivent, à propos des arguments juridiques par lesquels on soutient l'inaliénabilité de la dot mobilière, et à propos de leur réfutation : « Toutefois, nous devons reconnaître que le régime avec l'inaliénabilité restrictive aux seuls immeubles resterait incomplet et n'atteindrait qu'imparfaitement le but en vue duquel il a été établi. Cette considé-

(1) Planiol, *op. cit.*, t. III, n° 1577 ; — Aubry et Rau, t. V, n° 537 *bis*

(2) Cass., 2 janvier 1837 : D., 37-2-135 ; S., 37-2-397 ; — Cass. (chambres réunies), 14 novembre 1846 : D., 47-1-27 ; S., 46-1-824 ; — Cass., 27 avril 1880 : D., 80-1-431, S., 80-1-360. — Comp. H. Basset, *Le rôle de la femme mariée dans la gestion des intérêts pécuniaires de l'assoc. conjugale*, Paris, 1896, thèse p. 244 et suivantes.

ration, dont il est impossible de contester la justesse en présence de l'accroissement considérable de la fortune mobilière... ne justifie pas sans doute les décisions de la jurisprudence au point de vue de l'interprétation rigoureuse de la loi ; mais elle les exprime du moins, *sous le rapport des exigences pratiques* (1). Et, s'il fallait revenir sur le rôle de notre opinion, quant au déplacement de valeur, comme instrument technique de l'adaptation du droit et comme complément de l'idée de but, on pourrait, dans le cas de l'application des articles 1554-1556 à la dot mobilière par la jurisprudence, trouver encore la preuve de l'insuffisance de l'idée de but pour la réalisation de cette adaptation.

C'est dans la direction d'une affirmation de la valeur de la propriété mobilière dans l'ordre économique, qui se répercute sur l'ordre juridique, que M. Thaller écrit, sur la communauté conjugale : « L'extrême développement pris par la richesse mobilière fait que la fortune provenant d'un seul des conjoints a chance de faire réversion pour moitié à l'autre, si les époux n'ont pas dressé de contrat, et le mariage se dissout sans descendance » (2), et, de là, il tire la conséquence que le régime matrimonial de l'avenir doit être la communauté réduite aux acquêts.

51. D'une manière générale on peut dire que, relati-

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 599, note 6.

(2) Thaller, *Rapport sur la révision du Code Civil* (*Bull. de la Soc. d'ét. législ.*, 1904, p. 488).

vement à la matière des contrats, une idée nouvelle se fait de plus en plus place dans leur interprétation : la valeur de l'intérêt social, valeur issue de l'engrenage si complexe du mouvement économique contemporain et de la manifestation de la foule qui s'impose dans l'organisation sociale avec une force de plus en plus grande ; dire, dès lors, *courant démocratique* dans le mouvement économique-social, c'est implicitement reconnaître, dans la matière des contrats spécialement, qu'à côté des contractants il y a la société tout entière et que le contractant lui-même n'est qu'un « possesseur des droits », qui, comme tel, doit faire de ses droits un usage *utile et conforme à l'idée qu'on se forme de l'idée d'ordre social*. Les paroles prononcées par le procureur général Dupin, dans la séance solennelle du 8 juin 1858, sont assez suggestives et pleines de conséquences dans la jurisprudence de la Cour de Cassation (1).

§ 3. — *La Propriété et les droits réels*

52. Dans la propriété, une étude approfondie pourrait montrer toutes les variations de sa conception

(1) Arrêt solennel 8 juin 1858 : S., 58-1-417, note Labbé. — *Adde* : Cass., 25 mai 1868 : D., 69-1-277 ; — Cass., 15 avril 1872 : S., 72-1-232 ; — 15 juillet 1875 : S., 77-1-26. — Comp. Dereux, *Interprétation des actes juridiques privés*, Paris, 1905, p. 78-79 ; — M. Leroy, *op. cit.*, p. 254-256.

d'après la valeur sociale plus ou moins grande de ceux qui la détiennent; nous avons déjà fait allusion à *la tendance qui veut apprécier la propriété d'après la valeur sociale du propriétaire*, et elle n'est qu'une des faces de l'aspect général des questions multiples qui se posent depuis quelque temps, tant sur le droit de propriété, d'une manière spéciale, que sur les droits réels, d'une manière plus générale (1). Quant à la différence rigoureuse et *à priori* entre les droits réels et les droits personnels, ne tend-on pas de plus en plus à l'amoin-drir? M. Génv, avec son raisonnement purement critique, arrive jusqu'à dire que la différence n'a « qu'une valeur toute subjective, comme les conclusions d'une pure hypothèse scientifique, devant rester prêtes à céder sur une plus profonde intuition des besoins de la vie juridique » (2); en d'autres termes, *droits réels et droits de créance ne sont pas séparés par leur nature, mais par la valeur plus ou moins grande qu'on accorde à l'action humaine individuelle*. Quant au droit de propriété spécialement : sous la pression des courants

(1) A. V. Quérn, *Synthèse du droit réel et du droit personnel* thèse Caen, 1905. — M. Michas, *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, thèse Paris, 1900, p. 68-86. Av. p. 87 pour le changement de la conception antique du dr. réel.

(2) Génv, *op. cit.*, p. 124. — Rapp. Em. Lévy, *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*, thèse 1896, p. 1-2, 116-130. — J. Declareuil dans : *Nouvelle Revue historique de droit*, 1891, p. 294-295.

nouveaux de la vie sociale, on commence à en modifier ses fondements même ; si MM. Aubry et Rau croyaient avoir découvert le vrai sens de l'article 544 C. civ., en définissant la propriété : « le droit en vertu duquel une chose se trouve soumise, d'une manière *exclusive et absolue*, à la volonté et à l'action d'une personne », opinion à laquelle M. Planiol se rattache (1), on arrive aujourd'hui à nier toute l'idée d'exclusivité et d'absolutisme de la propriété ; — ce n'est plus sur l'objet lui-même que porte la totalité des droits que le propriétaire a sur lui, mais sur la possibilité de valeurs, de services que celui-ci peut en tirer, et la mesure de ces services va varier avec la conception de la socialisation des valeurs existant dans la nature, socialisation qui s'affirme de plus en plus à l'époque contemporaine ; elles sont, en grande partie, le produit de la société, et, par conséquent, la société peut avoir certains droits à leur exploitation. « Ce n'est plus son intérêt (celui du propriétaire) qui est seul envisagé, mais celui de tous ses concitoyens ; la terre tend à ne devenir qu'un droit de possession entre les mains du propriétaire. Les propriétaires, dans une telle conception, sont considérés non seulement en fonction les uns des autres, mais en fonction de la collectivité », écrit M. Ripert à propos de la propriété foncière (2).

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, 4^e édit., t. II, n^o 190, p. 169 ; Planiol, t. I, 1908, 2399 et sv.

(2) G. Ripert, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rap-*

53. Ce qu'on peut dire d'une manière générale sur l'organisation de la propriété est à peu près analogue à la conclusion que nous avons tirée des autres exemples donnés jusqu'à présent : une valeur nouvelle est apparue l'intérêt collectif, qui dorénavant va prédominer sur l'intérêt individuel ; cet intérêt collectif, né d'une affirmation de la valeur de la foule, inconnue comme force sociale dans l'organisation individualiste féodale d'avant la Révolution, ou dans l'organisation bourgeoise du Code civil, se traduit dans le droit par la transformation du sujet de droit dans le rapport juridique ; ce sujet devient en quelque sorte le représentant de la collectivité et, dans cette mesure, il n'est que simplement possesseur de ses droits ; d'une manière spéciale, l'influence de l'affirmation de la valeur de l'intérêt collectif se traduit, dans le droit de propriété, par une tendance qui transforme ce droit en « un service public entre les mains des possesseurs » ; qui arrive, en ce qui concerne la jouissance, à un *droit de créance à la valeur économique de la chose*, et, en ce qui concerne la transmissibilité, comme on va d'ailleurs le voir, à une organisation basée plutôt sur *l'apparence de l'existence du droit en face de la collectivité*, que sur l'existence même du droit.

ports avec les propriétés voisines, thèse 1901, p. 326, av. les pp. sv. — Comp. Alvarez, *op. cit.*, p. 132. — M. Leroy, *op. cit.*, p. 255-257 ; — Vareilles-Sommières, *Définition et notion juridique de la propriété* (*Rev. trimestr.*, 1905, p. 472 et suiv.).

*
* *

54. Une série d'exemples, que nous allons analyser dans le chapitre suivant, vont prouver d'une manière plus éclatante encore, d'un côté, que l'évolution du droit se réduit, au point de vue technique, à un déplacement de valeurs nouvelles créées dans l'ordre éconómico-social ou moral dans le droit, et, de l'autre, ils vont confirmer l'idée, qui peut se dégager de l'ensemble de notre travail, qui veut conclure sur l'affirmation que la table des valeurs juridiques est modifiée dans son essence même (1).

Ces exemples, en tant qu'ils ont été extraits des courants les plus nouveaux et des institutions qui dépassent le plus possible la portée des textes du Code civil, quoique pris dans des matières spéciales, vont prouver encore, — et cette fois, nous l'espérons, d'une manière

(1) Nous aurions pu donner des exemples très nombreux dans l'organisation du droit successoral : qu'il nous suffise de dire que les droits successoraux de plus en plus grands accordés aux enfants naturels, et au conjoint survivant, par des lois spéciales, ou par des créations jurisprudentielles, sont l'affirmation de valeurs morales nouvelles transposées dans l'ordre juridique positif ; — que, d'autre part, en tant que l'organisation des successions dépend en grande partie de l'organisation de la propriété, il s'en suit que les grandes modifications qui se préparent dans la propriété vont influencer d'une manière décisive sur l'organisation des successions [Comp. A. Souchon, *De la Succession ab intestat envisagée au point de vue économique, politique et social* (Concours d'agrégation, 1891, p. 11)].

décisive, — que, au point de vue de l'équilibre des intérêts garantis par le droit, le rapport juridique a tellement évolué, que, tant dans la théorie de la loi et de son interprétation, que dans la nature même de l'existence du rapport juridique, les valeurs nouvelles sociales qui s'y sont affirmées rendent toute conciliation entre le vieux Code et l'idée contemporaine du droit à peu près impossible ; que, si l'on veut essayer encore une conciliation, elle aura comme conséquence, en tant qu'on sera forcé d'employer de subterfuges pour y arriver, de créer une sorte de méfiance pour le droit, et une aversion pour l'idée de justice dans la conscience du peuple que l'organisation juridique doit régir (1).

(1) Comp. Dereux, *Interprétation des actes juridiques privés*, p. 341.

CHAPITRE III

L'APPLICATION DE LA THÉORIE DES VALEURS ET DE LA TECHNIQUE DES CONSTRUCTIONS JURIDIQUES A DES CRÉATIONS NOUVELLES DANS LE DROIT CIVIL CONTEMPORAIN

1. Des exemples que nous avons donnés dans le chapitre précédent, comme de ceux qui vont suivre, et nous nous permettons d'anticiper, il résulte, et il va résulter avec plus de certitude encore, que tout changement dans l'appréciation des valeurs morales ou économique-sociales se répercute dans la vie du droit par la modification de l'équilibre que la loi avait établi. Tout changement dans la conscience morale, dans l'appréciation de l'utilité des valeurs économiques, ou dans la force de certains éléments sociaux, engage une lutte contre la table des valeurs existante au moment où les nouvelles valeurs commencent à s'affirmer ; mais, comme nous l'avons tant de fois répété, toute lutte dans les ordres moral et économique-social se traduit néces-

sairement d'une manière positive dans l'ordre juridique, qui n'est que la réalisation objective de l'existence de ces deux ordres-là, par un déplacement de valeurs, ou, si l'on préfère, par une modification dans la manière d'apprécier certaines valeurs qui se trouvent en balance dans l'équilibre du rapport juridique ; dès lors, le rapport juridique lui-même est modifié. D'autre part, la loi positive est, par son essence, conservatrice, en tant qu'elle représente la garantie de la sécurité des intérêts qu'elle doit régir, et, à cause de cet esprit conservateur, elle oppose toujours une résistance facilement compréhensible à tout mouvement nouveau qui veut s'ouvrir le chemin dans la vie positive du droit : elle est l'immobilisation d'un instant du perpétuel devenir de l'action humaine dans ses multiples et complexes aspects, et le droit lui-même, dans son ensemble, est le Protée toujours changeant de la vie humaine, dans ses manifestations extérieures ; en ce sens-là, la loi positive devient toujours, avec le temps, une fiction, une irréalité par rapport au Droit, considéré en dehors de toute idée de loi positive.

2. Il résulte de ce que nous venons de dire, comme nous l'avons tant de fois affirmé et laissé comprendre, que le rôle de l'interprétation positive est, par la force des choses, un rôle créateur, à côté du rôle conservateur (1) ;

(1) Ed. Picard, *Droit pur*, p. 155 ; — J. Cruet, *op. cit.*, p. 62, 79 ; — Lambert Ed., *Fonction du droit civil comparé*, p. 802-803. — Gény, *op. cit.*, p. 184-185 ; — Bertrand, *Discours de rentrée à la*

à ce point de vue, on peut dire que le rôle de l'interprète est beaucoup plus difficile que le rôle du législateur : ayant un rôle de conciliation entre le conservatisme, garanti par la loi positive, et le mouvement réel de la vie, on peut affirmer que ce n'est pas une fiction de dire que le juge est le pondérateur qui s'entremet entre la force de la routine et celle du progrès, et qui, en appréciant leurs valeurs, cherche à trouver la juste moyenne qui puisse garantir une marche régulière à l'organisation sociale. Si la doctrine jette des lumières en avant dans la vie du droit, c'est lui, le plus souvent, qui force la main du législateur pour faire place, dans la loi positive, à de nouvelles valeurs, qui commencent à s'imposer avec nécessité dans l'ordre juridique positif.

3. Les exemples donnés jusqu'à présent confirment nos dires, — ceux qui vont suivre formeront la certitude même. — La loi n'est pas le seul créateur du droit sous le régime de la codification, comme l'ont cru les anciens interprètes du code, ou comme le croient certains esprits modernes même ; la doctrine et la jurisprudence (et nous employons ce terme d'une manière très générale) sont, à côté d'elle, deux éléments très forts de création juridique ; la théorie du déplacement des valeurs, comme mesure technique de l'évolution du

Cour de Cass., le 16 oct. 1888 (*Le Droit*, 17 octobre 1888, p. 981) ;
— Saleilles, *Introduit. à l'étude du droit civil allemand*, p. 88 et
sv.

droit, nous offre le moyen de trouver une confirmation précise de notre opinion. Les valeurs nouvelles, qui se créent dans les ordres moral ou économique-social, livrent toujours le dernier combat sur le terrain du droit, en vue de leur victoire définitive; parties d'un cercle restreint d'intérêts moraux ou sociaux, elles cherchent à élargir leur portée en vue d'une réalisation positive dans le combat pour le droit qui s'engage dans la pratique judiciaires: poussée par les besoins nouveaux, trouvant des défenseurs dans la doctrine, qui leur cherche des moyens de réalisation dans l'ordre juridique, les valeurs nouvelles, munies d'armes assez puissantes pour démolir la routine des anciens équilibres, forcent la main de l'interprète, qui les consacre d'une manière définitive; la loi n'intervient le plus souvent qu'alors que le combat est à peu près fini, — elle ne fait qu'offrir la garantie de la conservation par la force organisée d'une place qu'elles avaient occupée par elles-mêmes. En ce sens, on peut intervertir même l'ordre ancien et dire que la loi n'a qu'un rôle de pure confirmation d'une victoire déjà gagnée; les lois, surtout, qui se sont succédées sur les questions industrielles et ouvrières depuis 1848, de même que leurs conséquences sur le droit civil pur, ont suivi cette marche, et offrent une confirmation précise de ce que nous venons de dire. Croire encore que la loi peut seule créer le droit, c'est se figurer que le droit consiste dans la force, quand, en réalité, la force organisée n'intervient qu'en

dernier ressort pour garantir les résultats d'une lutte déjà finie et marquer le point où une nouvelle va commencer.

4. Si les exemples donnés jusqu'à présent nous ont montré les répercussions, d'une manière assez certaine, de l'affirmation des nouvelles valeurs créées dans les ordres moral ou économico-social sur l'ordre juridique, ceux qui vont suivre éclaireront d'une lumière plus vive cette manière d'agir, qui fait intervertir la croyance que la loi seule est créatrice de droit.

Un mouvement contraire à celui qui a été suivi après la codification se produit ; « ce qui est à redouter, c'est l'arbitraire du législateur s'érigeant en juge *à priori*, statuant sur l'abstraction ou l'inconnu, et non l'arbitraire du magistrat... », écrit M. Vavas seur (1), et à la tribune de la Chambre des députés, M. Georges Sorel disait : « Au cas où l'application de la loi (la loi sur la durée du travail dans les mines) donnerait des déceptions aux ouvriers, nous avons pris l'engagement de déposer sans tarder un nouveau projet de loi » (2). L'une et l'autre des deux affirmations sont assez significatives : *la loi s'impose au législateur, et ce n'est pas lui qui l'impose ; le législateur ne fait que confirmer un droit déjà existant, qui s'est créé en dehors de la force qui vient simplement garantir la sécurité de son applica-*

(1) Vavas seur, *Traité des Sociétés civiles et commerciales*, 1883, t. I, n° 714 quater.

(2) *Mouvement socialiste*, n° 70 (1906), p. 27.

tion; il s'imposerait même sans le secours de cette garantie. Il suffit qu'une valeur morale trouve assez d'adhérents, qu'ils la fassent devenir une valeur collective, pour qu'elle s'impose en dehors de toute loi; *la jurisprudence, en lui trouvant une place déterminée dans l'équilibre juridique, la confirme au point de vue de l'ordre social et la crée au point de vue de l'ordre juridique.*

5. C'est ici le point principal qui, croyons-nous, sépare les anciennes doctrines juridiques des théories contemporaines : d'une manière générale, l'intérêt collectif commence à dominer l'intérêt individuel, le droit individuel n'existe presque pas, d'une manière spécialement délimitée, mais il existe par rapport à l'intérêt collectif — d'un groupe quelconque d'intérêts, ou de l'intérêt général d'une société déterminée. Dès lors, toute valeur juridique n'est pas appréciée comme une entité, qui se suffise à elle-même dans sa manifestation, mais par rapport à l'intérêt du groupe dans lequel elle se trouve, et dans une liaison un peu lointaine, mais quand même assez forte, avec l'intérêt général de la société. La grande évolution juridique, à l'époque contemporaine, part surtout de l'affirmation de la valeur de l'intérêt collectif, et les créations nouvelles juridiques, que nous allons analyser, partent toutes de l'idée de cette affirmation dorénavant déterminante dans l'ordre juridique. Dire, d'une manière générale, que les actes du *propriétaire apparent* doivent être validés, qu'à

côté de la jouissance et de l'exercice des droits il peut exister un *abus de droit*, qu'il existe une *responsabilité* engagée, en dehors de toute intention dommageable, par la simple circonstance de l'existence du dommage *par le fait des choses* qui nous appartiennent, — c'est affirmer, comme on va le voir, la valeur sociale de la collectivité et la création d'une nouvelle mesure relativement à l'appréciation de l'équilibre dans le rapport juridique. Les trois créations, dont nous allons examiner la portée, au point de vue des directions nouvelles qu'elles offrent dans le droit, se rencontrent sur le terrain de l'affirmation de l'intérêt collectif dans l'ordre économique-social. Elles représentent, au point de vue de leur application pratique, une crise de l'individualisme à l'époque contemporaine (1).

*
* *

SECTION I

L'APPARENCE DANS LE DROIT CONTEMPORAIN.

L'HÉRITIER APPARENT

6. Dans la transmissibilité des droits, d'une manière générale, une tendance s'est manifestée dans la juris-

(1) Comp. G. Morin, *A propos de la maxime « Error communis facit jus »*, p. 1-5 ; — A. Tesseire, *Essai d'une théorie de la responsabilité* (thèse d'Aix, 1901, p. 101 et sv.) ; — Saleilles, *De l'abus de droit* (*Bull. de la Soc. d'ét. lég.*, 1905, p. 336).

prudence de valider à peu près toujours les actes de disposition du possesseur des droits, de celui qui, aux yeux de tout le monde, passe pour les avoir, en consolidant ainsi les droits acquis de lui par les tiers : en d'autres termes, cette tendance peut se traduire par l'idée qui veut, que, à l'époque contemporaine, *l'apparence d'un droit soit l'équivalent, au point de vue des résultats pratiques à atteindre, du droit lui-même* ; elle arrive implicitement à la conclusion, qu'avoir simplement la jouissance d'un droit, mais n'avoir pas son exercice, qui puisse le faire apparaître à la collectivité, comme existant, — c'est à peu près la même chose que n'avoir pas du tout le droit lui-même. Les applications de plus en plus nombreuses de la maxime *error communis facit jus* dans la jurisprudence, malgré une opposition à peu près générale de la doctrine (1), est la preuve de ce que nous venons de dire. Ce n'est pas à nous à analyser sa valeur au point de vue strictement juridique (2) ; mais

(1) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des successions*, I, n° 1233 ; — Hue, I, 452 ; V, n° 521 ; — G. Morin, *A propos de la maxime « Error communis facit jus »*, p. 24 et sv. ; — Aubry et Rau, 4^e édit., VI, p. 437 et sv. ; — Demolombe, II, p. 333 ; — Planiol III, n° 2060 ; — Vigié, *Cours de dr. civ.*, III, n° 512 et sv., p. 260 et sv.

(2) Sur l'analyse de l'*error communis* : av. L. Crémieu, *De la validité des actes accomplis par l'héritier apparent* (*Rev. trim.*, 1910, p. 57 et sv.) ; — M. Loniewski, *Essai sur le rôle actuel de la maxime « Error communis facit jus »*, thèse Aix, 1905 ; — G. Morin, *A propos de la maxime « Error communis facit jus »* (*Annales des Facultés de droit et des lettres d'Aix*, 1906, avril-juin, surtout p. 1-18.

nous nous bornons simplement à constater les résultats pratiques atteints — pour mieux en dégager l'esprit de l'évolution contemporaine du droit.

7. Nous citons simplement quelques cas du triomphe de l'apparence du droit sur l'existence même du droit : 1° actes irréguliers dressés par les officiers publics incompetents (avis du Conseil d'Etat du 2 juillet 1807, qui est le commencement, dans la jurisprudence, de l'applicabilité de la maxime *error communis facit jus*) ; — 2° actes passés avec un incapable ; l'apparence, qui fait naître l'erreur, porte sur l'incapacité de ce dernier (1) ; 3° la validation de la sous-aliénation faite par une personne ayant acquis un bien d'un débiteur, en fraude des droits des créanciers : l'apparence porte sur la régularité du titre du premier acquéreur, qui est la base de leur bonne foi (2) ; 4° la validité des actes (hypothèques ou aliénations) passés par les prête-noms de congrégations non autorisées (3). D'une manière générale, la jurisprudence vient de décider, en 1910, que

(1) Av., pour des détails et jurisprudence : G. Morin, *loc. cit.*, p. 18 et suiv. ; — Valabrègue, *De la maxime « Error communis facit jus »* (*Rev. crit.*, 1890, p. 30 et suiv.).

(2) Comp. L. Crémieu, *art. cit.* (*Rev. trimest.*, 1910, p. 41-42).

(3) Aix, 4 mai 1905 : (*Gaz. des Tribunaux*), 8 juillet 1905 ; — Cass., 17 juillet 1907 : D., 1908-1-11, note A. Colin ; Cass., 17 décembre 1907 (*Gaz. du Palais*, 1908-1-102) : S., 1908-1 396 ; — *Tribun. Seine*, 4 mai 1905 et 19 juillet 1905 (*Gaz. du Palais*, 1905-2-158) : Paris, 25 janvier 1906 : S., 1907-2-275. Sur les aliénations : Cass., 8 juillet 1909 : S., 1909-1, sup. 82 ; — Cass., 23 mars 1909 : S., 1909-1, sup., 42 ; — 7 et 8 juillet 1909 et 12 juillet 1909 : D., P. 1910-1-372.

l'hypothèque consentie par un propriétaire apparent est valable (Rég., 20 juillet 1910 : D. P., 1910-1-392) ; 5^e validation des actes passés par un mandataire commercial qui a outrepassé ses pouvoirs (4). Toujours, et dans une multitude de cas, surtout en matière commerciale, cette tendance du triomphe de l'apparence du droit, résultat de l'affirmation d'un intérêt collectif, qui se traduit dans les arrêts de manières très différentes, mais qui toutes peuvent être rangées sous la formule intérêt de l'utilité du crédit social et de la circulation des biens, — est assez manifeste. Mais, là où les arrêts sont plus décisifs, où les motivations peuvent être le mieux synthétisées, et où, par conséquent, on peut davantage voir l'affirmation de cette valeur nouvelle sortie d'une évolution économique et sociale inattendue, c'est dans la validation des actes de l'héritier apparent.

8. C'est dans la thèse de la validation des actes de l'héritier apparent qu'on voit plus clairement que partout, dans toute l'évolution du droit après la codification, cette lutte qui s'engage entre deux principes d'ordre plutôt social et économique, que purement juridique ; c'est la lutte pour le déplacement, dans l'ordre juridique, d'une valeur économique qui ne s'imposait pas autant au moment de la confection du Code, celle de la circulation des biens et du besoin de plus en plus grand de la certitude du crédit social. Le problème, tel qu'il

⁴ (4) Montpellier, 3 juillet 1885 : S., 1886-2-56.

s'est posé à la jurisprudence, ne pourra pas trouver sa validation dans les textes du Code; il est sorti d'un mouvement économique inattendu, qui n'avait pas pu être prévu par le Code. C'est pour cela que toutes les motivations des arrêts sur les articles du Code sont très facilement réfutables, tandis que ceux extraits de l'utilité sociale de cette validation sont reconnus même par ceux qui soutiennent l'opinion contraire.

9. Dire avec la jurisprudence ancienne, qui valide pour la première fois les actes de l'héritier apparent, que le fondement de cette validation se trouve dans une saisine collective (1); ou bien, comme Demolombe, qu'elle se trouve dans l'idée de mandat (2); appuyer cette validation sur l'article 132 applicable en matière d'absence, comme le pensent MM. Aubry et Rau (3), — c'est chercher à donner des motifs et une allure d'argumentations juridiques là où les textes manquent, c'est créer des fictions qui ne peuvent être que nuisibles pour la réalisation du droit et encombrer l'évolution juridique de théories facilement réfutables, par la seule raison que les textes cités n'ont nullement trait à cette validation; mais, d'autre part, par cet effort si grand d'appuyer sur la loi même une théorie qui s'impose de

(1) Caen, 21 février 1814 : D., *Rep.* n° 548, p. 282, note 1, confirmée par Cass., 3 août 1815 : S., 1815-1-286; — Cass., 1843 : D., 43-1-49 et 52.

(2) Demolombe, t. II, n° 245, 249 *in fine* et 257.

(3) Aubry et Rau, t. VI, p. 646, texte et note 32.

plus en plus dans l'état social contemporain, on avoue, d'une manière implicite, son importance et la nécessité de son existence.

10. Chercher à appuyer cette validation sur l'article 1382 comme M. Jozon (1); ou, comme la jurisprudence ultérieure, sur la remise en vigueur de la maxime *error communis facit jus* (2), c'est reconnaître, d'une manière implicite, que le grand rôle de cette validation est de faire place, dans le droit positif, à une garantie suffisante de la valeur de la circulation des biens et du crédit public, qui n'avaient pas une protection assez solide dans la pensée des auteurs du Code, faute de n'en avoir pas trop senti le besoin, eu égard à l'état économique de l'époque de la codification; mais c'est aussi faire preuve d'un conservatisme de l'ancienne manière d'interprétation du droit, qui voulait à tout prix trouver l'appui de toute idée dans un texte légal, avec le risque même de fausser les textes légaux et de créer des fictions réfutables par elles-mêmes. Les attendus de la jurisprudence, qui s'appuient sur la base, plus certaine, des desiderata économiques de la circulation des biens et du crédit social, trouvent en eux-mêmes leur justification contre toute critique, — et personne, pas même

(1) Jozon, *Rev. prat.*, t. IV : *Des aliénations consenties par l'héritier apparent*, surtout n° 10-14, p. 385 et sv.

(2) Cass., 3 juillet 1877 : D., 77-1-429 ; S., 78-1-38 ; Cass., 13 mai 1879 : D., 79-1-417 ; S., 80-1-26 ; — Cass., 26 janvier 1879 : D., 1-33, note Sarrut. — Comp. Chârmont, *Rev. critique*, 1902, p. 16.

ceux qui suivent les anciens principes d'interprétation, ne peut contester leur valeur qui fait fléchir la rigueur de la loi : « attendu que cette doctrine (celle de la validation) se fonde tout à la fois sur la loi..., sur l'équité et sur l'intérêt social ; que, si elle était rejetée, il est de toute évidence que la stabilité de la propriété ne serait plus assurée ; que les transactions seraient paralysées et que le crédit public se trouverait grandement et profondément atteint »... (1), dit un attendu qui fixe d'une manière définitive le raisonnement de la jurisprudence.

11. On sent bien, tant dans la jurisprudence que dans la doctrine, qu'une valeur nouvelle s'est affirmée, depuis la codification, dans le mouvement économique contemporain, que cette valeur demande une protection juridique et qu'elle mérite cette protection : la grande lutte qui s'engage dans la validation des actes de disposition de l'héritier apparent ne se localise pas à un seul endroit dans le droit positif, elle ne porte pas simplement sur les actes de l'héritier, mais elle est l'effet de la crise de l'individualisme économique et, par là, elle porte sur tout le droit civil et commercial. M. Charmont est très près du véritable aspect et de la vraie solution du problème quand il écrit : « Le problème se pose ainsi. Deux intérêts, celui de la propriété, celui de la libre circulation sont en conflit. Il faut en sacrifier un » (2) ; c'est la lutte sur le terrain juridique, entre la

(1) 13 mai 1879 : S., 80-1-26.

(2) Charmont, *Jurisprudence* (Rev. critique, 1902, p. 17).

propriété, avec sa conception purement individualiste, les conséquences qu'on en tire telles que les maximes *nemo ad alium plus juris transferre potest quam ipse habet* ou *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*, conséquences sorties d'un esprit purement individualiste, — et les suites de l'affirmation, à l'époque contemporaine, de l'intérêt collectif, avec les atténuations nécessaires qu'elle apporte tant à la conception de la propriété, qu'à la transmissibilité de ce droit. Ici encore, l'opinion que nous avons réussi à nous former sur l'évolution du droit, en la considérant comme une transposition de valeurs économiques ou sociales dans l'ordre juridique, suivie d'une dépotention des anciennes valeurs, trouve encore une fois une confirmation certaine : dire, avec la jurisprudence et la doctrine, que l'intérêt des tiers de bonne foi demande, comme sanction juridique, la validation des actes du propriétaire apparent, c'est constater d'une manière implicite que le centre de gravité de l'équilibre juridique s'est déplacé, qu'il n'est plus du côté de l'individu mais du côté de la collectivité. « L'intérêt de la propriété cède devant l'intérêt de la circulation, écrit M. Lohn (1) sur le « *bürgerliches Gesetzbuch* », et son affirmation peut s'appliquer, d'une manière générale, à l'esprit du droit contemporain.

(1) Lohn, *Mémoire présenté au congrès international de droit comparé* de 1900, tirage à part, p. 5. — Comp. Charmont, *loc. cit.*

Dès lors, chercher à tout prix à trouver dans le Code de 1804, Code de la bourgeoisie, Code individualiste dans son esprit général, des articles sur lesquels on puisse appuyer cette validation, c'est à peu près demander l'impossible, ou bien c'est recourir à des constructions qui feront peut-être preuve d'un esprit dialectique très fin, mais pas du tout d'un esprit juridique. A ce point de vue, les seules théories qui semblent se rapprocher du vrai courant dans le droit, tant par leur résultat que par leur argumentation, sur la validation des actes de disposition du propriétaire apparent, sont : celle de M. Emmanuel Lévy, qui admet, comme fondement de cette validation, la faute du propriétaire qui, par son fait ou son omission, trompe la *confiance légitime* nécessaire à l'organisation économique actuelle et fait encourir une responsabilité (2), qui peut être analogue à celle imposée par la loi du 9 avril 1898 sur les accidents de travail (3) ; ou celle de M. Crémieu, qui trouve, dans la perte du droit par le véritable propriétaire, une « sorte d'expropriation pour cause d'utilité publique », qui se fonde sur l'idée de risque (1). L'une et l'autre de ces deux théories, respon-

(1) Em. Lévy, *Responsabilité et Contrat* (Rev. critique, 1899, p. 361 et sv.) ; — Rev. trim., 1910, p. 351-352 ; — Rev. trim., 1910, p. 717-722.

(2) G. Morin, *A propos de la maxime « Error communis facit jus »* (Annales de la Faculté de droit et des lettres d'Aix, 1906, avril-juin, p. 25-26.

(3) L. Crémieu, *art. cit.* (Rev. trim., 1910, p. 73 et sv.) ; — Rev.

sabilité et risque, posent le problème de la même manière, au dernier terme de leur argumentation : l'intérêt collectif s'est affirmé, à l'époque contemporaine, comme une valeur qui réclame une garantie plus certaine et plus décisive sur le terrain du droit ; il doit se traduire, d'une manière générale, dans le droit positif, par une protection des droits qui sont la manifestation, plus ou moins lointaine, de cet intérêt ; l'apparence du droit, au point de vue de la connaissance de l'existence du droit pour la collectivité, garantit dans une mesure plus grande un intérêt collectif déterminé, celui de la circulation des biens et du crédit public, que le droit même de celui qui reste inconnu pour la société : « il ne s'agit pas de savoir si, d'une façon absolue, il y a atteinte à un droit ; il s'agit de savoir s'il y a atteinte à un droit qui existe par rapport à nous ; s'il y a eu, en d'autres termes, de notre part, obligation » (1) ; or cette obligation ne peut pas exister pour nous tant que nous ne pouvons pas connaître le droit qui, de l'autre côté de la balance, de l'équilibre, l'a fait naître. Dès lors, mettant d'un côté le besoin économique de la circulation des biens et du crédit public, et, de l'autre,

trim., 1910 : *Responsabilité et risque*, p. 542-546. — Comp. Tessaire, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité* (thèse Aix, 1901, p. 101 et sv.) ; — Saleilles, *De l'abus de droit* (*Bull. de la Soc. d'ét. législatives*, 1905, p. 336).

(1) Em. Lévy, *Responsabilité et contrat* (*Rev. critique*, 1899, p. 366).

l'apparence du droit qui les facilite, dire avec M. Lévy, que tous ceux qui, par leur fait ou leur omission, ont donné une idée fausse de la corrélation qui doit exister entre l'existence du droit et son apparence, sont responsables, et que, par conséquent, au point de vue de l'utilité collective, leur faute doit entraîner la perte de leur droit ; — ou bien, dire avec M. Crémieu, que tout fait, volontaire ou involontaire, intentionnel ou non, attire après lui un certain risque pour la société ; que ce risque doit s'analyser dans la seule liaison de l'effet à la cause, indépendamment de toute référence à la notion de faute ; « qu'il fait naître une responsabilité objective par le seul fait qu'un préjudice a été causé à la société, même par le simple développement de l'activité habituelle d'un individu (1) », c'est toujours conserver le même point de départ et le même point d'arrivée : *l'utilité collective de chaque droit particulier demande une corrélation, une concordance entre l'apparence du droit et l'existence même du droit* ; cette utilité collective s'est affirmée comme une valeur prépondérante dans le droit contemporain, comme l'une des faces de la tendance de socialisation du droit ; dès lors une préférence, naturellement sous certaines conditions de détail, doit être donnée toujours à l'apparence du droit, quand la concordance, dont nous venons de parler,

(1) L. Crémieu, *art. cit.* (*Rev. trim.*, 1910, p. 543-544).

n'existe pas ; la complexité des relations économiques et sociales, de plus en plus grandissante, le demande d'une manière impérieuse. A cause de cette valeur nouvelle, l'intérêt public, qui n'est que la conséquence du développement économique, les relations juridiques sont considérées comme existant, non pas de l'individu à l'individu simplement, mais de l'individu à la société, ou à un groupe de la société, et toutes les fois que le rapport juridique qui fait naître le droit n'est pas connu, et ne pouvait pas être connu, par la collectivité, intéressée dorénavant d'une manière directe à tout rapport juridique, le droit même n'existe pas pour elle : la valeur nouvelle économique et sociale d'intérêt collectif s'est creusé, malgré toute résistance, un chemin dans le droit positif ; sur un point certain elle a trouvé sa place déterminée, et les conséquences vont s'en suivre d'une manière nécessaire ; la construction juridique, appuyée sur des catégories réelles, telle que nous l'avons indiquée dans le chapitre précédent, trouvera la mesure dans laquelle il existe, pour chaque cas particulier, une discordance entre l'apparence du droit et le droit lui-même.

12. L'institution des livres fonciers, ou, d'une manière plus générale, le cadastre surtout avec un rôle attributif de propriété dans le transfert de la propriété, sont des conséquences nécessaires du besoin de faire correspondre l'apparence du droit avec son existence, et de donner préférence, le cas échéant, à l'apparence

sur le droit même (1) ; le registre foncier (Grundbuch) en Allemagne, d'après la loi du 5 mai 1872, qui indique « tous les actes qui concernent l'immeuble, de sorte que le registre donne à un moment quelconque *l'état-civil*, de la propriété » (2), le système Torrens de la colonie de South-Australia, avec une situation inattaquable pour celui qui a obtenu l'immatriculation sur le registre foncier, ou le système appliqué en Tunisie par la loi spéciale du 5 juillet 1885 (avec les modifications du 16 mai 1886, du 6 novembre 1888, et du 15 mars 1892) (3), sont les résultats positifs auxquels le triomphe de l'idée d'apparence du droit, dans un intérêt collectif, est arrivé en matière de propriété jusqu'à présent.

13. Ce qu'il faut retenir, pour l'instant, des exemples que nous avons donnés sur l'idée d'apparence dans le droit, c'est, en poursuivant toujours la même idée de déplacement de valeurs de l'ordre économico-social dans l'ordre juridique, que, à considérer l'évolution de la jurisprudence dans les applications qu'elle a faites de la valeur d'intérêt collectif, on s'aperçoit que l'idée d'affirmation dans les sciences économico-sociales, avec une force certaine et prépondérante d'une valeur quelconque, se traduit dans le droit positif par une modification de

(1) G. Morin, *op. cit.*, p. 4 et suiv.

(2) *Annuaire étranger* de 1873, t. II, p. 208, 215-217. — Comp. Planiol, *op. cit.*, t. I, 1908, n° 2642 ; Saleilles, *Théorie de l'obligation*, n° 5 (sur l'article 873 du Code civ. allemand).

(3) Planiol, t. I, n° 2638 et suiv.

l'ordre juridique ; que, d'un côté, cette modification s'impose à l'interprète, dès que l'importance de la valeur nouvelle devient incontestable dans l'ordre économique et social, que de l'autre, l'inexistence des textes ne peut pas créer un empêchement à sa validation juridique ; d'autre part, que la théorie des valeurs peut suffire, à elle seule, à expliquer une transformation dans le droit positif, qu'elle permet d'arriver d'une manière plus simple et plus précise à la justification de cette transformation, et qu'en même temps elle aide à trouver l'idée directrice qui peut offrir une orientation tant à la doctrine qu'à la jurisprudence. Les conséquences que nous allons tirer de la théorie de la responsabilité du fait des choses et de celle de l'abus du droit vont confirmer encore notre opinion.

*
* *

SECTION II

RESPONSABILITÉ DU FAIT DES CHOSES

14. Dans la théorie de la responsabilité et son évolution, essayons de constater les simples faits qui s'imposent dans le mouvement économique et social contemporain : le développement de l'industrie, et le nombre de plus en plus grand des accidents occasionnés par l'utilisation des machines, l'affirmation de la va-

leur du travail, comme une suite nécessaire de l'essor économique contemporain, par conséquent l'affirmation de la valeur sociale de l'ouvrier ; une lutte sur le terrain économique et social entre l'individualisme, représenté par la classe bourgeoise, et le socialisme, représenté par la classe ouvrière ; une tendance moyenne, personnifiée par l'idée solidariste qui s'impose de plus en plus, — voilà les simples données du mouvement économique et social actuel ; la théorie de la responsabilité civile, telle qu'avait été conçue par les auteurs du Code, ayant une portée très générale dans le droit, doit nécessairement ressentir l'influence de ces données et de ces tendances.

15. M. Géný nous semble se trouver sur le seul chemin qui puisse directement conduire à des solutions pratiques certaines, quand il écrit sur la responsabilité du fait des choses : « qu'il s'agit ici de savoir comment répartir un dommage fortuit entre deux ou plusieurs personnes, auxquelles les circonstances les imposent ; et, tant que la loi reste muette à cet égard, l'interprète a le devoir de *régler la question au mieux des exigences de la justice et de l'utilité sociale*. Quant à savoir ce que requièrent la justice et l'utilité, on ne le peut dégager que d'une auscultation attentive du *sentiment moral, qui domine notre conception actuelle des rapports entre les hommes et d'un examen des conditions sociales et économiques, permettant d'évaluer les intérêts en présence d'après l'état de notre civilisation contemporaine*. »

« En somme, nous en revenons toujours à chercher à établir l'équilibre entre des intérêts qui se combattent ou paraissent se contredire. Et ce résultat ne s'obtient qu'en scrutant à fond les éléments de toute organisation juridique positive, consistant... *non pas en des entités logiques, mais en des réalités de nature morale ou économique*, qui, seules, nous peuvent faire apercevoir les ressorts effectifs de la vie sociale » (1). On voit, dès lors, la grande importance qu'il faut accorder aux simples faits, que nous avons constatés tout à l'heure, et on peut deviner la manière dont nous allons argumenter, par rapport à notre théorie du déplacement des valeurs de l'ordre économique et social dans l'ordre juridique, sur cette question si débattue dans la doctrine, même après la loi du 9 avril 1898, pour les cas auxquels cette loi ne s'applique pas.

16. Mais laissons de côté, pour l'instant, notre manière de voir et analysons le procédé employé par la doctrine : elle a cherché une conciliation des besoins qui se faisaient sentir, dans le cas de responsabilité du fait des choses, avec les textes du Code. Dans tous les systèmes on reconnaît bien le besoin d'ériger un principe, par voie de conception plus ou moins dialectique, qui puisse expliquer cette responsabilité de la même manière dans tous les cas ; le défaut était partout le même, de vouloir faire dire à des textes, plus ou moins

(1) Gény, *Méthode*, p. 547-548.

précis, ce qu'ils ne pouvaient pas dire, en tant qu'ils avaient été conçus dans un esprit tout différent de celui qui fonde la responsabilité actuelle. Qu'on prenne la théorie de MM. Sainctelette et Sauzet (1), qui assignent comme fondement à la responsabilité une clause tacite de garantie, d'après laquelle le patron s'engagerait non pas simplement à payer le salaire, mais à prendre toutes les mesures et les précautions indiquées par la nature du travail dont l'ouvrier a été chargé, pour que l'existence de celui-ci soit préservée contre les accidents qui pourraient survenir pendant l'exécution du travail ; qu'on dise, avec eux, que, de cette manière, la responsabilité du patron est contractuelle et que, par conséquent, c'est à lui de prouver que c'est par la faute de l'ouvrier que l'accident s'est produit ; qu'on veuille ainsi, par une dialectique juridique, assez bien

(1) Sainctelette, *De la responsabilité et de la garantie* (Bruxelles et Paris, 1884), p. 140 et sv., n° 13 ; — *Accidents de travail, responsabilité et garantie* (*Rev. de dr. belge*, 1888, p. 401 et sv.) ; — *Les accidents de travail : La jurisprudence qui s'éloigne et la jurisprudence qui s'approche*, 1888 ; — *La loi des 6, 7, 8 et 9 mai 1886* ; — Sauzet : *De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels* (*Rev. crit. de lég. et de jurisp.*, 1883, p. 598). Pour des détails bibliographiques et pour la jurisprudence qui n'a pas suivi ce courant en dehors de : Cass. belge, 8 janvier 1886 : D., 86-2-153 ; S., 86-1-425 ; — 28 mars 1889 : S., 90-4-17 ; — Cour sup. de justice du Luxembourg, 27 nov. 1884 : D., 86-2-153 ; en note S., 85-4-25 ; — note Labbé, Trib. fédéral suisse, 25 oct. 1893 : S., 94-4-4, qui ne représentent qu'un demi-succès. — Av. Baudry-Lacantinerie : *Obligations*, t. IV, 1908, p. 555. — Comp. Em. Lévy, *Rev. crit.*, 1899, p. 389.

conduite, arriver à un déplacement de preuve en se fondant sur la loi même ; ou bien qu'on prenne la théorie de M. Jossierand (1), exposée dès 1894 par M. Saleilles, et qui revêt une forme plus précise et plus juridique en 1897 (2), dans la pensée de ce dernier, — et qu'on prétende avec eux trouver, soit dans la disposition de l'article 1384, alinéa 1, *in fine*, soit dans la disposition originale de l'article 1382 du Code civil, le principe d'une responsabilité objective, qui substitue « le simple rapport de causalité à la faute proprement dite », — la préoccupation est toujours la même : celle de vouloir substituer à une série de cas concrets, issus d'un mouvement économique et social imprévu pour les auteurs du Code, un principe positif juridique du Code, qu'il faut détourner entièrement de sa portée pour pouvoir lui donner une application aussi extensive. C'est parce qu'on a voulu, à tout prix, appuyer des conclusions, qu'on reconnaît s'imposer dorénavant dans l'ordre juridique, par une affirmation de leur valeur dans l'ordre économique et social actuel, sur des textes qui

(1) Jossierand, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, 1897, p. 11-52.

(2) Saleilles, *Revue bourguignonne de l'Enseignement supérieur*, 1894, t. IV, 1^{re} partie, p. 659-665 : *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, 1897 ; — *Réforme sociale*, t. XXXV, 1898, p. 635-649 (*Le risque professionnel dans le Code civil : Communication à la Société d'économie sociale*) ; — Note sous Cass., 16 juin 1896 : D., 97-1-433. — Comp. Charmont, *Rev. crit.*, 1898, p. 136 ; — et Labbé, *note* : S., 90-4-18.

indiquent la situation d'un équilibre tout différent, que les théories que nous exposons dans leurs traits généraux n'ont pas trouvé un écho dans la jurisprudence. Ce n'est pas à nous à indiquer leurs défauts au point de vue strictement juridique ; mais, pour mieux mettre en lumière le sens dans lequel on peut donner une orientation à la jurisprudence, nous essayerons de découvrir ce qui pouvait s'imposer à l'interprète avec leur manière de raisonner.

17. L'opinion de MM. Sainctelette et Sauzet, qui soutiennent qu'on doit arriver à un déplacement de preuve, en tant qu'il faut considérer la responsabilité du patron comme contractuelle, est, il nous semble, au point de vue strictement juridique, insuffisante ; en effet, « l'obligation du patron d'assurer la sécurité des ouvriers ne dérive pas du contrat ; elle ne peut pas avoir une origine conventionnelle, parce que c'est la loi elle-même qui la crée, — et que, lorsqu'une obligation est légale, elle ne devient pas contractuelle par cela seul que des particuliers l'expriment dans leur convention » (1) ; d'autre part, en supposant même que, dans les rapports entre l'ouvrier et le patron, l'obligation puisse être contractuelle, en tout cas elle ne pourrait pas s'appliquer dans tant d'autres hypothèses où il n'existe pas, et où il n'y a même pas de possibilité d'existence, d'un contrat entre

(1) Planiol, *op. cit.*, t. II, n° 1857 : Nous faisons toutes les réserves sur la théorie de M. Planiol.

celui qui est responsable et celui qui a souffert le dommage : l'exemple type d'une locomotive en manœuvre qui écrase à la fois un employé de chemin de fer et un voyageur — est très probant. Dès lors, dire, avec M. Planiol (*ibid.*), que l'obligation du patron « existe indépendamment du contrat, qu'elle est préexistante », que « cette obligation n'est pas autre chose que le *devoir général* de ne pas compromettre la vie d'autrui par négligence », c'est tout ce qu'on peut affirmer dans la direction de cette théorie, et ce ne semble pas suffisant pour qu'elle puisse s'imposer à la jurisprudence.

18. Dans la théorie de M. Saleilles, un pas de plus est accompli, et sa théorie prend une allure plus générale en tant qu'elle s'appuie sur le texte de l'article 1382, l'un des rares articles du Code de 1804 qui se prête à une interprétation très large, et qui peut offrir, peut-être à lui seul, les éléments d'une socialisation générale du droit. Mais, voulant à tout prix chercher à construire avec les principes du Code de 1804 une théorie imposée par un courant social tout nouveau, à un siècle de distance, M. Saleilles se heurte à des obstacles vraiment insurmontables et il est forcé, à bout de ressources, de recourir à l'idée d'équité et d'utilité sociale comme dernier renfort de son opinion ; dire que, à cause de la complexité de la vie économique contemporaine, il faut faire peser sur chaque possibilité de gain, une possibilité de risque ; que ce risque doit être imposé à tous ceux qui utilisent un objet inanimé, comme contre-

partie du gain possible; que par conséquent, tout propriétaire est responsable du dommage causé par une chose lui appartenant en propriété, par le simple fait d'être propriétaire (1); qu'il y a à rechercher, en d'autres termes, une simple liaison de causalité entre le dommage et l'objet qui l'a causé, en dehors de toute idée de faute, et que cette liaison, à elle seule, fait encourir la responsabilité; — cela nous semble tout à fait dans le courant de l'esprit contemporain qui impose cette manière de raisonner; mais croire trouver cette explication dans les articles 1382 et suivants du Code civil nous semble forcer un peu, sinon par trop, le sens de ces articles, même en introduisant l'idée d'une évolution de l'esprit qui les a dictés. « Je dirai donc, écrit M. Gény, qu'à mon sentiment le système se présenterait comme plus facile à défendre, au point de vue d'une saine méthode, aussi bien que plus souple en ses conclusions, si l'on déclarait franchement que, le Code civil n'ayant prévu dans les articles 1382 et suivants que la *responsabilité des fautes*, ces textes n'ont rien à faire en pré-

(1) Pour la distinction entre propriétaire, celui qui a la garde de la chose, et celui qui jouit de son utilisation économique, distinctions biens suggestives au point de vue d'une application pratique de la théorie des valeurs à l'interprétation de la mesure de la responsabilité. — Av. R. Saleilles, *Responsabilité du fait des choses devant la Cour supérieure du Canada* (*Rev. trim.*, 1911, p. 47 et sv.). — Comp. Planiol, *Etudes sur la responsabilité civile* (*Rev. critique*, 1905, p. 281 et sv.); — *Responsabilité du fait d'autrui* (*Rev. critique*, 1909, p. 298, 299 et sv.).

sence d'une pure question de risque » (2); peut-être est-ce bien là au fond la pensée de M. Saleilles lui-même (3).

19. Faute, comme dans la théorie de M. Planiol, qui veut que la responsabilité soit engagée toutes les fois qu'on a violé « une obligation légale », faute qui se rencontre dans toute activité qui s'éloigne des « modes normaux de l'activité », et qui est légale « parce que la loi nous oblige à n'user de notre liberté que dans les conditions normales acceptées par l'usage » (1); — ou risque, comme dans la théorie de M. Saleilles, qui veut que la responsabilité tombe sur celui qui prend l'initiative ou le profit d'un fait, qui, par lui-même et en lui-même, porte en puissance... des périls contre lesquels les tiers ne peuvent qu'imparfaitement se défendre », — la question reste toujours la même : la répartition d'un dommage causé d'une manière involontaire, d'après des critères de moralité et d'utilité sociaux, existants au moment où le fait qui a pu produire le dommage est arrivé. M. Saleilles lui-même l'avoue : « Ayons le cou-

(1) Gény, *op. cit.*, p. 547.

(2) Saleilles, *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, p. 74-79. — Rapp. le même : *Rev. intern. de l'enseign.*, 1890, t. XIX, p. 494-495 et 497. — Labbé : *note* *Sir.*, 90-4-18. — Comp. Geny, *loc. cit.* — Comp. surtout : Saleilles, *art. cit.* (*Rev. trim.*, 1911, p. 55 et sv.); sur la différence qui sépare la théorie de celui-ci de celle de M. Planiol qui n'admet une responsabilité que s'il y a violation d'une « obligation légale ».

(3) Saleilles, *art. cit.* (*Rev. trim.*, 1911, p. 55); — Planiol, *Responsabilité du fait des choses* (*Rev. critique*, 1906, p. 84 et sv., 96 et sv.).

rage, une bonne fois, écrit-il, de reconnaître que tous ces prétendus délits, dont on incrimine nos pauvres individualistes sous le couvert de l'article 1382, ne sont que les résultats inévitables de l'activité et de la vie, *ce sont les risques de la liberté* » (2). Excluons le mot même « risque » de la dernière proposition de M. Saleilles, et disons tout simplement, que tous ces faits, qui peuvent mettre en jeu la responsabilité d'une personne, ne sont *que les conséquences de sa liberté*, et on verra alors combien s'égarent tous ceux qui veulent trouver le principe de la responsabilité du fait des choses dans le Code de 1804, et quels horizons nouveaux apparaissent pour la réalisation pratique de l'idée de responsabilité.

20. La vraie nature du problème de la responsabilité se découvre, en laissant de côté les délits et quasi-délits civils du Code, sous une lumière nouvelle : chaque individualité, et, avec elle, chaque action humaine, est considérée, dans l'engrenage de plus en plus complexe de la vie contemporaine, non pas comme une entité qui puisse se suffire à elle-même, mais comme la partie d'un tout qui ne peut vivre que dans ce tout et par ce tout ; l'idée de solidarité en est la conséquence, et elle s'impose, avec la complexité toujours grandissante de la vie de notre époque. Idée morale, sociale et économique à la fois, dans sa généralité, la solidarité enchaîne les actions humaines individuelles dans un rapport

(1) Saleilles, *art. cit.* (*Rev. trim.*, 1911, p. 54).

continu ; dès lors, nuire à une de ces individualités, c'est nuire à l'engrenage entier, et, indépendamment de toute idée de faute, tout dommage demande réparation ; l'appréciation du dommage lui-même trouvera sa mesure dans l'atteinte plus ou moins grande apportée à cette solidarité générale, et elle variera d'après le poids, d'après la valeur plus ou moins grande que l'activité atteinte par le dommage a dans la conception de la solidarité des actions humaines, ou, si l'on préfère, des individualités d'une époque donnée.

L'idée de solidarité, prise comme principe de l'ordre moral et économique, s'impose d'abord dans l'ordre juridique comme le principe essentiel de la responsabilité du fait des choses : quiconque emploie une chose devra souffrir toutes les conséquences de son action en tant qu'elle pourrait nuire à une activité ou à une individualité faisant partie de l'engrenage social ; l'idée de responsabilité, en dehors de toute faute, est la conséquence de la valeur sociale de l'activité humaine, au point de vue du principe de la solidarité. Un principe générateur de la responsabilité du fait des choses s'est imposé en dehors du Code, et relève du domaine social économique et moral, c'est la valeur nouvelle de la *solidarité sociale*, inconnue pour les auteurs individualistes du Code, et chercher ce principe dans les articles 1382 et suivants du Code, c'est rencontrer, à chaque instant, l'idée de faute, idée qui affirme l'individualisme, et qui, par elle-même, ne peut offrir que des subter-

fuges pour arriver à l'exclusion de tout élément subjectif.

21. Employer l'idée de « confiance légitime trompée », comme M. Em. Lévy (1), c'est faire l'application de l'idée de solidarité, mais pourtant ne pas arriver à une application pratique bien certaine, surtout ne pas pouvoir arriver, dans chaque cas particulier, à distinguer si cette « confiance légitime », nécessaire à la vie sociale, a été trompée, et, par conséquent, si la responsabilité est encourue; plus encore, — par elle-même l'idée de « confiance » implique une analyse subjective assez subtile, et elle est, par là, d'une application bien difficile. Si, dans la théorie des actes du propriétaire apparent, nous avons approuvé M. Lévy, ici nous ne pouvons pas le suivre.

22. Mais cherchons à appliquer l'idée de solidarité sociale, en tant que valeur qui s'est imposée du dehors du Code : tout acte, tout fait qui apporte une atteinte à une activité, en tant qu'il nuit à l'engrenage social dans son ensemble, entraîne après lui une responsabilité et une réparation, avons-nous dit; toute activité dans la vie sociale contemporaine est fonction des autres, et la mesure de la responsabilité, déjà objective dans son principe, s'objective encore plus quand nous disons qu'elle sera appréciée *eu égard à la valeur que l'acti-*

(1) Em. Lévy, *Responsabilité et contrat* (*Rev. critique*, 1899, p. 369 et sv., surtout p. 375); — *La confiance légitime* (*Rev. trimestr.*, 1910, p. 717 et sv.).

vité atteinte a dans le rouage de l'organisme social et économique existant. Si certains faits, tel un accident sur la voie publique, en dehors de toute idée de contrat préexistant entre le dommagé et le responsable, peuvent s'expliquer par la simple idée de solidarité sous ses trois aspects moral, économique et social, cette méthode se précise dans les hypothèses qui ont engendré tout le problème de la responsabilité objective, ceux des accidents du travail industriel.

L'idée de la solidarité des actions humaines pourrait suffire à expliquer l'existence de la responsabilité, l'idée de la valeur du travail et de l'ouvrier, venue du domaine économique et social, aboutit à préciser le problème et, croyons-nous, résoud le postulat exprimé par MM. Sainctelette et Sauzet, d'un déplacement de la preuve en faveur de l'ouvrier. En effet : si l'idée de solidarité, au point de vue de son côté moral, est la conséquence d'une socialisation des principes de la morale individuelle, le côté économique et social peut être considéré comme la conséquence certaine de la division du travail social (1), de plus en plus accentuée, dans l'époque industrielle contemporaine ; d'autre part, à la prendre dans la direction de cet enchaînement causal, on peut être sûr que ceux qui jouent un rôle plus marqué dans cette division auront une valeur plus grande dans l'engrenage de la solidarité générale ; — si l'ou-

(1) Durkeim, *Division du travail social*, 2^{me} éd. it.

vrier, dans l'organisation économique et sociale, prend une place de plus en plus prépondérante, c'est parce que sa valeur s'est affirmée comme devant peser beaucoup plus que celle de l'individualité bourgeoise dans cette division du travail. Le déplacement de la valeur qui se produira dans l'ordre juridique prendra cette nuance avantageuse pour l'ouvrier, — facteur, valeur dorénavant décisive dans l'organisation économique : l'idée de solidarité indique une responsabilité du patron pour les accidents qui se sont produits dans son exploitation ; la valeur du travail de l'ouvrier, et l'idée de sa protection, en tant que valeur plus grande dans le principe de la solidarité — démontrent le déplacement de la preuve : dans le contrat de travail, l'ouvrier n'est pas une simple individualité, mais le représentant d'une classe, et cette classe, n'ayant pas de moyens juridiques établis pour affirmer une justice nouvelle, l'affirme quand même par sa force et sa valeur dans la solidarité sociale. Injustice, force contre le droit, criera-t-on, au point de vue des anciens principes ! Affirmation du vrai droit, qui doit exister, proclamera la classe ouvrière, puisque le droit lui-même n'est qu'un équilibre entre les intérêts qui méritent une protection sociale, et que la classe ouvrière s'est manifestée comme une valeur plus grande que celle du capital dans l'ordre social et économique. M. Alexandre Lévi, en résumant les arguments de MM. Calderoni et Unger (1), fait suivre de la manière que nous venons de

(1) Calderoni, *Formes et critères de responsabilité* (Rev. de

tracer le processus qui s'est accompli dans cette matière : « D'abord on disait *casus a nullo praestantur*, tant pis pour les ouvriers endommagés. Puis après, lorsque la classe ouvrière fit sentir sa force politique, son influence sur l'Etat, on commença à considérer selon de nouveaux critères de justice les rapports entre les patrons et les ouvriers. On n'eut pas aussitôt le courage de proclamer le principe de la responsabilité objective du patrimoine du patron, et on essaya le détour de l'inversion de la preuve : présomption de faute dans le patron. On vit que ce système se prêtait, à son tour, à trop de complications et de chicanes. Et on introduisit, enfin, le principe dit du risque industriel, qui masque celui de la responsabilité objective, sous le prétexte que *cujus commoda et ejus incommoda* ; comme si l'ouvrier n'avait pas un intérêt, un *commodum*, lui aussi, dans l'industrie. La vérité est que ce cas *la responsabilité civile* des patrons, avec le droit, devenu ensuite un devoir d'assurance, *tenait lieu d'un véritable impôt sur le patrimoine de ceux-ci, impôt payé en faveur des ouvriers* (2). Nous avons cité ce passage dans son ensemble en tant qu'il nous semble indiquer d'une manière très explicite comment l'affirmation d'une valeur sociale nouvelle se répercute dans l'ordre juridique préétabli et force les anciens cadres.

méthaphys., 1909, p. 172-202, surtout p. 198-199, 201-202). — Joseph Unger, *Handeln auf eigene Gefahr.*, Jena, 1893, p. 140.

(2) A. Lévi, *La société et l'ordre juridique*, p. 337-338.

22. On comprend dès lors toute l'importance des simples constatations faites par nous au moment de commencer l'étude de la question de la responsabilité ; elles ont montré, d'un côté, l'insuffisance des théories qui voulaient à tout prix trouver une confirmation d'une idée toute nouvelle dans les textes anciens imbus d'esprit individualiste ; et, d'autre part, elles ont facilité l'exposé de la mise en œuvre de notre opinion sur le déplacement de valeur, comme fondement technique de toute évolution juridique, en l'appliquant à cette question si pleine de conséquences dans l'ordre juridique contemporain.

S'il fallait aller plus loin, on pourrait facilement montrer, en prenant pour base la valeur nouvelle du travail et de l'ouvrier, et en mettant en œuvre le système de construction appuyée sur des catégories réelles d'intérêts dont nous avons déjà montré l'importance au point de vue de la réalisation pratique d'un courant nouveau dans le droit, comment s'explique le courant de la jurisprudence des Cours d'appel, soit en France, soit en d'autres pays, depuis une quinzaine d'années, courant qui admet l'interversion de la preuve, en se fondant sur une présomption de faute du patron (1).

23. Conséquent à la méthode que nous avons suivie jusqu'à présent, nous retiendrons de cet exemple, analysé au point de vue du courant nouveau qu'il repré-

(1) Voy. Saleilles, *art. cit.* (*Rev. trim.*, 1911, p. 27).

sente, que : 1° toute valeur nouvelle affirmée dans l'ordre moral, ou économico-social s'impose dans la vie juridique ; 2° le déplacement de valeur de ces deux ordres-là dans l'ordre juridique est suivi d'une dépotention de certaines valeurs juridiques anciennes ; 3° cette dépotention ne peut s'expliquer que par le déplacement opéré, et non pas par une simple évolution des cadres des anciens textes ; 4° d'une manière générale, l'exemple analysé nous démontre l'affirmation de deux valeurs essentiellement nouvelles, la solidarité (1), et la valeur du travail et de la classe ouvrière, qui s'imposent dorénavant d'une manière décisive dans l'équilibre juridique.

La théorie de l'abus du droit, que nous allons analyser, par son aspect général et par sa portée très large, montrera encore, d'un côté, que le déplacement de valeur est nécessaire pour pouvoir expliquer la nature de tout courant juridique nouveau, et, de l'autre, qu'il y a eu une telle modification de la concevabilité du rap-

(1) Le Code Civil allemand, quoique adoptant dans sa norme générale le principe de la solidarité, ne le fait produire des conséquences que dans deux cas : abus du droit (art. 226), soumission de l'autonomie de la volonté aux exigences de l'équité et de la justice sociale ; dans les rapports entre les patrons et l'ouvrier il se tient au système de la faute subjective. — Comp. Alvarez : *Nouv. conception des études juridiques*, p. 215-218 ; — Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allem.*, n° XI, n° VI, surtout p. 44, 45, 51 ; notes aux articles 226-231 de la traduction du Code civil allemand.

port juridique, que l'aspect même général du droit a été modifié.

* *

SECTION III

L'ABUS DU DROIT

24. C'est en s'appuyant sur la théorie du déplacement de valeurs, qu'on peut se rendre compte du sens de toute la portée de la théorie si en vogue de l'abus du droit, que tant d'auteurs considèrent comme une logomachie irrationnelle et contradictoire (1), et que tant d'autres regardent comme « un principe de progrès et de rénovation, de nature à révolutionner les anciennes conceptions juridiques », et qui, comme tel, forme une catégorie à part dans le cadre du droit (2).

(1) Planiol, *op. cit.*, t. II, n° 871 ; — Baudry-Lacantinerie, *Obligations* t. IV, 1908, p. 340-341 ; — Marc Dessertaux, *Abus de droit ou conflit des droits* (*Rev. trim.*, 1906, p. 119-139) ; — Buttin, *L'usage abusif des droits* (thèse Paris, 1904) ; — Esmein, *note* sous Cass., 29 juin 1897 : S., 98-1-21 ; — Em. Lévy, *Exercice abusif du droit* (*Revue trimestr.*, 1903, p. 177) ; *Responsabilité et contrat* (*Rev. crit.* 1899, p. 364) ; — A. Lévy, *op. cit.*, p. 339 et sv.

(2) Dès 1857, Larombière (*Théorie et prat. des obligations*, 1857, t. V, p. 692 ; t. VII, p. 544) écrit que celui qui abuse de son droit encourt une responsabilité. Ensemble de la théorie : Saleilles, *Théorie de l'obligation*, 2^e édit., p. 370, note ; — *Abus de droit* (*Bull. de la Soc. d'études législat.*, 1905, p. 325-350) ; — *Déclara-*

Lès deux thèses sont tout ce qu'il y a de plus contradictoire de toutes les théories qui ont été soutenues jusqu'à nos jours dans le droit ; peut-être sont-elles encore les résultats de deux esprits différents.

25. « Si j'use de mon droit, mon acte est licite, et, quand il est illicite, c'est que je dépasse mon droit, et que j'agis sans droit... Nier l'usage abusif des droits, ce n'est pas tenter de faire passer pour permis les actes dommageables très variés que la jurisprudence a réprimés : c'est seulement faire cette observation que tout acte abusif, par cela seul qu'il est illicite, n'est pas l'exercice d'un droit, et que l'abus de droit ne constitue pas une catégorie juridique distincte de l'acte illicite. Il ne faut donc pas être dupes des mots : *le droit cesse où l'abus commence*, et il ne peut pas y avoir « usage abusif d'un droit quelconque, par la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois *conforme au*

tion de volonté : art. 138, n° 85 et sv., 97-98 ; — Jean Bosc, *Essai sur les éléments constitutifs du délit civil*, thèse Montpellier, 1901, surtout p. 132-156, 256-270 ; — Porcherot, *De l'abus du droit*, thèse Dijon, 1902 ; — Salausson, *De l'abus du droit* (thèse Paris, 1903) ; — Jossierand, *De l'abus des droits*, Paris, 1903, surtout p. 50 (note) et sv. ; — Dobrovici, *De l'abus de droit*, thèse Paris, 1909, surtout p. 145 et sv., 213 et sv. (conclusion) ; — M. Leroy, *La loi*, p. 248 et sv. ; — Ed. Picard, *Droit pur*, p. 189 ; — Gény, *op. cit.*, p. 543-545 ; — G. Ripert, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, thèse, Dijon, 1902, surtout p. 326 et sv. ; — *L'exercice des droits et la responsabilité civile* (*Rev. crit.*, 1906, p. 352-366) ; — Charmont, *Abus de droit* (*Rev. trim.*, 1902, p. 113-125) ; — Sauzet, *Etude sur le nouvel article 1780 du C. Civ.* (*Ann. de dr. comm.*, 1891, t. V, p. 103-104).

droit et contraire au droit », écrit M. Planiol, se faisant l'écho des adversaires de la théorie de l'abus du droit.

« Le droit ne peut être exercé en dehors de sa destination, au-delà d'un certain usage considéré comme normal : c'est là le point de départ ; l'exercer au-delà constitue un abus, c'est-à-dire une illégalité » ; en d'autres termes, il faut faire une distinction nette dorénavant entre le contenu du droit et la forme qu'il prend, en cherchant à le réaliser ; ou, d'une manière plus générale, entre la jouissance d'un droit et l'exercice qu'on en fait ; un fait peut être légal et licite dans la matérialité de son exercice ; mais il peut devenir contraire à l'idée qu'on se forme à un moment donné de la licéité des actions humaines, abusif, et par là illégal, disent les partisans de cette théorie (1).

26. Quel serait le sens de la théorie de l'abus du droit à l'époque actuelle ? Que signifie-t-elle au point de vue de l'évolution générale de la concevabilité du rapport juridique passé dans une disposition positive ? Que l'idée d'abus du droit s'impose, la chose est certaine, puisque l'idée générale qui la guide est passée déjà dans deux législations civiles récentes (2). Mais peut-elle

(1) M. Leroy, *op. cit.*, p. 251 ; — Saleilles, *Abus de droit* (*Bull. cit.*, p. 339).

(2) Déjà dans le *Code prussien* de 1794, art. 36 et 37, il était dit : On ne doit pas indemnité pour un dommage causé par l'exercice de son droit, à moins qu'entre plusieurs manières de l'exercer on ait choisi à dessein celle qui pourrait être préjudiciable.

former une catégorie distincte dans la classification des principes juridiques, ou bien n'est-elle, peut-être, qu'un courant général qui s'impose comme une contrepartie de la transformation du concept de rapport juridique et de loi positive?

27. Avant toute observation, une idée s'impose : la maxime qui représentait un des adages les plus incontestés de l'école des interprètes du Code : *neminem lædit qui suo jure utitur*, n'est plus un axiome qui puisse se suffire à lui-même, ne représente plus dans la pensée des juristes ou des interprètes le grand principe du régime des lois positives ; l'existence d'un droit, garanti par une loi positive, ne justifie pas *à priori* tous les emplois qu'on pourrait en faire, en tant que la loi ne peut pas fixer d'une manière définitive et irrévocable l'équilibre des intérêts qu'elle garantit ; dès lors, avec une sorte de malléabilité du concept de loi positive, résultat de la pensée juridique contemporaine, le champ de l'application de la maxime « *neminem lædit*

« Dans le Code civil allemand de 1900, art. 226 : « L'exercice d'un droit n'est pas permis lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que de causer dommage à autrui ». Comp. art. 826 — Voy. Saleilles, *Théorie de l'obligation*, 2^e édit., p. 370; — Note sous l'art. 826 de la trad. du C. Civ. allem. — Dobrovici, *Thèse cit.*, p. 131 et sv. — En Suisse : les art. 2 et 684 du C. civ. fédéral de 1912. — Voy. A. Martin, *Observations sur les pouvoirs attribués au juge par le C. civ. Suisse*, Genève 1909. — Comp. *Rev. trim.*, 1909, p. 861 : En Angleterre, la loi du 14 août 1896 contre l'abus d'engagement de procès téméraires (Voy. *Annuaire de législation étrangère*, 1896, p. 49) et la loi du 12 août 1898 (Voy. *Ann. de lég. étr.*, 1898, p. 24).

qui suo jure utitur » se restreint. C'est de là surtout qu'il faut partir pour mieux comprendre la pensée de ceux qui soutiennent la théorie de l'abus du droit.

Sous l'influence des idées individualistes, tout droit positif était considéré comme se suffisant à lui-même ; un cercle déterminé d'action est créé pour l'exercice de chaque droit, et ce cercle est envisagé d'une manière rationnelle, avec un exclusivisme, mené à l'excès, des autres droits coexistants avec lesquels le premier pourrait se heurter : les droits sont absolus, ils accordent d'une manière *à priori* certaines possibilités de mouvement à l'action humaine, quel que soit l'usage qu'on en fera. Dans le sens de l'article 1382, on était arrivé à dire « qu'il n'y a pas de faute, et, par suite, pas de responsabilité civile, à user d'un droit reconnu par la loi, même si les tiers doivent en souffrir » (1). Mais, si on se représente les droits individuels comme une série de cercles, chacun trouvera sa limite là, où les droits d'autres individualités commencent. Tant que l'esprit individualiste des auteurs du code de 1804 s'est maintenu, le problème de l'abus du droit ne pouvait pas se poser ; mais quand l'appréciation de l'étendue des droits commença à être envisagée par rapport à d'autres droits

(1) Saleilles, *Abus de droit* (*Bull. de la Soc. d'ét. lég.*, 1905, p. 329). Comp. Alvarez, *op. cit.*, p. 139 ; — Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 807 et sv. ; — Blondel, *note* sous Cass., 11 novembre 1896 (S. 97-1-273) ; — Appert, *note* sous Bordeaux, 5 mars 1903 (S., 1905-2-41) ; — Esmein, *note* sous S., 98-1-17.

coexistants ; quand, d'une manière plus générale, sous l'influence des théories sociales et économiques, qui démontreraient que l'individualité doit être considérée comme une fonction continue, en termes mathématiques, de la collectivité dans laquelle elle développe son activité, chaque droit, dans sa réalisation, trouva des limites, non pas simplement dans le fait d'avoir rencontré l'étendue d'un autre droit, mais dans l'exercice du droit lui-même, qui, tout en se maintenant dans les bornes qui lui avaient été fixées, heurte certaines nécessités de l'enchaînement des droits entre eux et de leur coexistence, — nécessités qui s'imposent et se placent au-dessus de toute idée de droit positif en vue de la réalisation des relations sociales. Sous cette forme, l'abus du droit ne constitue ni un manque de droit, ni une atteinte à un droit déterminé, nous disent ses partisans, mais simplement un *anormal dans l'exercice du droit*, anormal, apprécié au point de vue de certains desiderata de la coexistence sociale ; en d'autres termes, tandis que la loi fixe certaines limites, au point de vue de la statique des droits particuliers, l'abus du droit en démontre d'autres au point de vue de leur dynamique générale. L'affirmation demanderait, peut-être, des explications ; nous allons y revenir un peu plus tard.

Une seule chose est à retenir : une modification s'est produite dans la conception de la dynamique des droits ; cette modification a eu comme conséquence immédiate une nouvelle base à poser à la limite de l'exer-

cice des droits particuliers. M. Saleilles résume de la manière suivante le nouveau courant : « Le droit n'existe pas pour lui-même, mais pour la collectivité. Étant fait pour elle, il ne peut s'interpréter que par elle, en tenant compte de cette vie collective qu'il doit régir.

Aucune des relations individuelles auxquelles il s'adapte ne peut être isolée de l'ensemble ; aucune ne peut être appréciée, réglementée, ni jugée sans qu'on ait à tenir compte des effets de cette réglementation par rapport au tout » (1). Dès lors, la théorie de l'abus du droit doit apparaître plutôt comme la limite imposée dans l'exercice du droit, eu égard à la corrélation continue avec d'autres droits, — limite par conséquent variable avec les appréciations de la valeur des droits dans leur coexistence (2), — que comme une limite positive qui

(1) Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, p. 100.

(2) Ce n'est pas dans l'atteinte à un droit individuel, déterminé dans ses limites par la loi, que la jurisprudence trouve l'application de la théorie de l'abus du droit, mais dans une atteinte à la coexistence générale des droits. Dès lors ce n'est pas curieux que le droit de propriété ait été le premier atteint par cette théorie [comme le croit M. Saleilles : *Abus de droit* (*Rev. cit.*, p. 329-330) : il était celui qui représentait le plus l'esprit d'isolement des droits, — et l'abus de droit représente une nouvelle valorification des droits au point de vue de leur corrélation continue. Un arrêt s'exprime : « Le droit du propriétaire de jouir et de disposer de sa chose de la manière la plus absolue est tempéré par l'obligation naturelle et légale de ne causer à la propriété d'autrui aucun dommage » (Cass., 10 juin 1902 : S., 1903-1-11) ; ou un autre assez ancien : « L'exercice du droit de propriété, comme celui de tout autre droit, doit avoir pour limite la satisfaction d'un intérêt sé-

puisse être imposée par la loi à chaque droit particulier. *L'abus du droit est un possible, un virtuel, et non pas un certain, un déterminé.* C'est dans le rôle de cette dernière affirmation qu'il faut chercher une explication de l'abus du droit, et c'est ici surtout qu'il faut introduire l'idée de déplacement de valeurs pour se rendre compte de la portée de cette théorie.

28. L'idée de but a été introduite pour expliquer la théorie de l'abus et pour fixer une limite à son applicabilité; serait abusif « l'exercice anormal du droit, exercice contraire à *la destination économique ou sociale* du droit subjectif », écrit M. Saleilles (1). M. Josserand, suivant en très grande partie l'opinion de M. Saleilles, sous une forme plus vague, mais précisée par la suite, écrit : « Un droit ne peut être réalisé impunément qu'à condition d'être mis par son titulaire au service d'un objectif licite, d'un motif légitime. Le motif légitime est le critérium exact, définitif, la pierre angulaire de toute la théorie de l'abus des droits » (2). M. Ripert cherche à

rieux et légitime » (Cass., 2 mai 1855 : D., 56-2-59). — Comp. Bosc, *op. cit.*, p. 97; — Capitant, *Des obligations de voisinage* (*Rev. critique*, 1906, p. 156 et 228); — Appert : note, S., 1905-2-41. — Jurisprudence : Cass., 11 juillet 1826 : S., 26-1-389; — Douai, 30 mai 1854 : D., 55-2-26; — Montpellier, 16 juillet 1866 : S., 67-2-115.

(1) Saleilles, *Théorie de l'obligation*, p. 271; — *Rev. bourguignonne de l'enseign. sup.*, 1896, p. 341, col. 1. — Comp. Charmont, *L'abus du droit* (*Rev. trim.*, 1902, p. 124).

(2) Josserand, *L'abus des droits*, p. 56-57, et note sous D., 908-2, 73. — Comp. D., 1906-2-106; — Gény, *op. cit.*, p. 544 : « Je suis,

dégager l'idée de but, pour la limite exacte du contenu des droits, dans leur réalisation positive, de la fin pour suivie par l'agent, par le titulaire, et non de celle poursuivie par la loi. — Le but du titulaire du droit doit être licite, sans aucune intention de nuire (1) ; la jurisprudence elle-même semble se rattacher à ce critère (2).

29. A analyser de plus près les critères donnés tant par la doctrine que par la jurisprudence pour déterminer le point où l'exercice légal du droit cesse, et où l'abus commence, on s'aperçoit qu'il y a deux tendances ; quoique toutes les deux se rattachent à l'idée générale de but, tandis que certains des partisans de cette théorie nouvelle trouvent le critère distinctif dans un but plutôt positif, dans une différence réelle qui existerait entre le but de l'institution, qui veut se réaliser par l'exercice

quant à moi, plutôt porté à croire que l'on ne découvrira la mesure juste et vraie des droits individuels, qu'en scrutant *leur but économique et social et en comparant son importance à celui des intérêts qu'il contrarie* » — A. v. encore sa note sous Cass., 11 mars 1896 : P. fr., P. 1896-3-341, col. 1.

(1) Ripert, *op. cit.*, p. 352. — Comp. Saleilles, *Abus de droit* (*Rev. cit.*, p. 345).

(2) Un jugement du tribunal civil de Toulouse, du 13 avril 1905, le dit en termes très explicites : « Que la notion de l'abus de droit se rattache à l'idée de but ; que non seulement tout droit est limité dans son contenu, mais que de plus, son exercice ne peut avoir lieu dans un but quelconque ; qu'il y a abus si le droit est exercé en vue de nuire à autrui, peut-être aussi si le droit est exercé sans intérêt ou sans motifs légitimes » (D., 906-2-105). — Comp. Bordeaux, 11 juillet 1907 : *Journal des arr. de Bordeaux*, 1908-1-137. — Voy. aussi la jurispr. cit. par Gény, *op. cit.*, p. 544, note 1.

d'un droit quelconque, et l'emploi que le titulaire en fait ; en d'autres termes, tandis que ceux-ci trouvent l'abus dans un détournement, au point de vue des résultats pratiques, du but de la loi ; les autres se placent plutôt sur un terrain subjectif, cherchent à déterminer le critère d'après l'intention licite ou illicite de l'agent, élément par conséquent purement subjectif.

30. Mais existe-t-il vraiment une différence entre les deux tendances, et l'idée de but est-elle suffisante pour expliquer le vrai rôle de la théorie de l'abus du droit ? N'y a-t-il pas une différence plutôt dans les termes, qu'en réalité entre le critère subjectif et le critère objectif ? C'est ce que la recherche du déplacement de valeurs opéré, peut, croyons-nous, montrer.

En effet, toute disposition positive du droit, avons-nous dit, est un équilibre entre des intérêts en présence — fixé à un moment donné : d'un côté de la balance, le dispositif ; de l'autre, l'hypothèse ; au sein de l'hypothèse se forme une série de catégories réelles d'intérêts, chacune avec une valeur de pondération, par rapport au balancement avec l'hypothèse, pondération, envisagée au point de vue de l'appréciation que la conscience collective lui accorde au moment de la fixation de l'équilibre par la loi positive. La valeur, que l'on concède à une catégorie réelle d'intérêts, représente l'équivalent du dispositif au point de vue de l'idée de paix sociale, à une époque quelconque ; *la limitation que la loi fixe aux droits tant pour leur jouissance, que pour leur exer-*

cice, n'est autre chose, au point de vue de la construction juridique, que le correspondant de la valeur qu'on accorde aux droits individuels ; licite et illicite, légal et abusif, dans l'exercice des droits, en tant que l'exercice n'est que la réalisation effective du droit lui-même, en dernière analyse, sont la mise en valeur, l'appréciation d'un droit par rapport à la table des valeurs existante.

Dès lors l'abus du droit, rationnellement parlant, serait incompréhensible et inexplicable au moment de la fixation d'une loi positive, — car, en tant que la loi a réalisé d'une manière effective, dans une disposition, l'équilibre, implicitement elle a fixé aussi la valeur juridique de chaque droit existant dans la conscience collective au moment de sa création. Dire qu'il peut exister au moment de la fixation d'un droit par une loi positive un usage abusif, c'est affirmer, que la jouissance du droit, toujours rationnellement parlant, serait plus étendue que son exercice, ce qui nous semble contradictoire ; ou bien, c'est affirmer, — ce qui nous semble possible, que la loi n'a pas trouvé la vraie valorification des intérêts faite par la conscience collective, que, par conséquent, l'équilibre qu'elle veut réaliser, en vue de la paix sociale, est mensonger et factice, et que la loi est techniquement mal faite. Mais, supposant qu'une loi a réalisé au point de vue technique un équilibre réel entre l'hypothèse et le dispositif : que, par conséquent, elle a fixé d'une manière effective et exacte la table des va-

leurs juridiques, réellement existante au moment de la création de la loi, où pourrait s'introduire l'abus du droit, ou bien, en d'autres termes, quel serait le point d'incidence de l'exercice du droit et comment pourrait-il s'expliquer au point de vue technique ?

31. C'est ici qu'on peut voir l'insuffisance de l'idée de but pour expliquer une formation juridique nouvelle. En effet, détournement du but économique et social d'une disposition positive, ou but illicite avec intention de nuire, sans aucun profit réel pour le titulaire du droit, les deux fondements offerts, soit par la doctrine, soit par la jurisprudence, nous semblent différenciés plutôt dans les termes que dans la réalité même. Dire but illicite, apprécié dans la conscience du titulaire, comme dans l'opinion de M. Saleilles, sous sa dernière forme, ou détournement d'un droit de sa « destination économique ou sociale » (2), comme dans son opinion sous sa première forme, et dans celle de tant d'autres, c'est toujours faire une différence entre deux valorifications des droits, en vue de l'établissement de leur équilibre, opérées à deux époques différentes : celle du moment de la création de la loi et celle du moment de son application. Quand on dit qu'un droit quelconque a été exercé d'une manière contraire à sa destination économique, implicitement on affirme une idée d'évo-

(1) Saleilles, *Abus du droit* (*Bull. de la Soc. d'études lég.*, 1905, p. 345).

(2) Saleilles, *Théorie de l'obligation*, 2^e édit., p. 571, noté.

lution dans la valorification de ce droit, et *l'exercice abusif du droit consiste justement dans le fait de réaliser le droit d'après son ancienne valorification*. Car, ou bien le droit qui se réalise n'a pas évolué, et alors l'exercice devait être identique, au point de vue du contenu, avec la jouissance : le détournement de son but économique serait le manque de droit ; ou bien le droit a évolué, et alors, par une nouvelle valeur introduite dans son contenu, son but étant changé, l'abus consisterait dans l'emploi du droit d'après son ancienne valeur. Si on tient compte de l'idée, qu'à côté d'une valeur économique ou sociale, une disposition positive contient aussi une certaine valeur morale, le « civiliter » dans l'exercice des droits du droit romain (1), — le but illicite, « l'intention d'une rancune à exercer », qui pourrait constituer l'usage abusif, devient la différence d'appréciation entre la valeur morale ancienne d'un droit, et sa valeur actuelle. Détournement du but économique ou social de la loi, ou but illicite, par rapport à la conscience de l'agent, comme fondements de l'abus du droit, représentent tous les deux, au point de vue de leur explication technique, la différence qui peut se créer entre le droit fixé dans une disposition positive et une appréciation différente dans la valorification des droits. Il y a une affirmation de la valeur du droit collectif, imbu d'un esprit socialiste, qui triomphe sur le droit individuel

(1) Edm. Picard, *Droit pur*, p. 189.

du Code de 1804; il y a la valeur de la solidarité sociale qui s'impose dans le domaine juridique et modifie l'appréciation particulariste, séparatiste, des droits, et ce sont elles qui, créant une valorification nouvelle des droits, peuvent expliquer certaines décisions de la jurisprudence (1).

32. Les applications de l'idée d'abus de droit faites par la jurisprudence en matière de propriété (voy. note 1), correspondent à l'affirmation de la solidarité sociale dans l'ordre juridique, et l'abus qu'on veut y trouver, c'est la différence de valorification des droits à deux époques différentes. Dire avec M. Saleilles « que chaque propriété serait solidaire de sa voisine, solidaire de sa situation et, par conséquent, des habitudes locales du quartier, de la ville, de la région où elle se trouve, et que l'exercice qui s'y rapporte dépendrait, en somme, au point de vue de son étendue, ou de ses modalités, des usages particuliers qui constituent l'ambiance économique et qui *en fixent la discipline sociale* (2) »; ou bien, sous une forme plus précise, avec M. Leroy, que « les propriétaires, dans une telle conception, sont considérés non seulement en fonction les uns des autres,

(1) L'affaire des forages destinés à capter les sources de Saint-Galmier (Cass., 10 juin 1902 : D., 1902-1-454); — pour une maison de ville transformée en asile de tuberculeux au détriment des voisins : Limoges, 5 février 1902 : D., 1902-2-95. — Comp. la note M. Apert sous Trib. Sedan, 17 décembre 1901 : S., 1904-2-217.

(2) Saleilles, *art. cit.* (*Bull. de la Soc. d'ét. lég.*, 1905, p. 333).

mais en fonction de la collectivité» (1); c'est affirmer que le droit de propriété, à cause des valeurs nouvelles qui se sont introduites de l'ordre économique ou social dans son contenu, a pris une nouvelle appréciation dans la conscience collective, qu'il y a une nouvelle base par conséquent à mettre à la corrélation qui doit exister entre la jouissance et l'exercice du droit de propriété, et qu'il peut exister des discordances graves entre la jouissance de ce droit, fixée par l'esprit individualiste des auteurs du Code, et le nouvel exercice, qui se dégage par l'introduction des nouvelles valeurs, qui imposent l'intérêt collectif dorénavant dans l'ordre juridique; que, par conséquent, l'incidence de l'abus du droit en cette matière serait justement dans cette discordance.

33. L'affirmation de cette nouvelle valeur d'intérêt collectif, qui s'est imposée de l'ordre économique et social dans l'ordre juridique, pourrait bien expliquer, dans toutes les applications faites par la jurisprudence, et là surtout, où l'idée de but pourrait être insuffisante (2), certains arrêts qui pourraient paraître non juridiques avec la seule notion du but.

L'idée de déplacement de valeurs de l'ordre moral ou économique-social dans l'ordre juridique peut seule

(1) M. Leroy, *La Loi*, p. 244. — Comp. G. Ripert, *op. cit.*, p. 326-330, 426.

(2) Cass., 22 juin 1892 : S., 93 1-41, note de M. R. Jay; l'affaire Rességuier-Jaurès. — Voy. Charmont, *Jurisprudence civile (Rev. critique)*, 1898, p. 129 et sv.)

expliquer la véritable incidence de la théorie de l'abus du droit, à l'époque contemporaine, nous le répétons. Il y a deux courants différents qui s'entrechoquent dans les opinions de ceux qui défendent et ceux qui attaquent cette nouvelle théorie ; il y a deux conceptions, littéralement divergentes et contraires, de la loi et du rapport juridique. Oui ; il est contradictoire et illusoire de dire qu'il peut exister un usage abusif du droit tant qu'on admet que la loi peut fixer d'une manière entière et définitive l'équilibre des intérêts, mais il est aussi contradictoire d'admettre, d'un côté, que toute disposition juridique positive ne reflète que l'équilibre qui existait au moment de sa création, que, par conséquent, la loi reste toujours arriérée par rapport au mouvement social, et que le rôle de la jurisprudence est de mettre une concordance entre la loi et l'idée qu'on se forme du droit au moment de son application, — et, de l'autre, de considérer encore comme une construction hybride et dénuée de sens la théorie de l'usage abusif des droits. Pour ceux qui défendent l'immobilité de la loi, la critique de la théorie de l'abus du droit devient compréhensible, pour ceux qui admettent une interprétation large, pour ceux qui laissent pénétrer dans le texte rigide de la loi la mobilité de l'évolution sociale, cette critique devient irrationnelle. Admettre ou ne pas admettre la théorie de l'abus du droit, c'est se ranger du côté de l'esprit nouveau qui préconise l'interprétation évolutive de la loi, ou du côté de l'esprit ancien

qui défend l'immobilité du droit fixé dans une disposition positive.

34. Ce que la théorie de l'abus du droit démontre avant tout, c'est qu'il y a une tendance de plus en plus prononcée, dans la jurisprudence française au moins, à considérer la loi, non pas comme un impératif qui puisse se suffire à lui-même, mais comme un simple stade, comme une étape dans la valorification des intérêts en vue de leur équilibre ; que, par conséquent, l'interpréter, ce n'est pas faire la simple application de ses termes pris dans le sens d'entités immuables, mais c'est surtout l'adapter et la faire adhérer, le cas échéant, à de nouvelles bases de la valorification des droits. C'est là la portée très générale de la théorie de l'abus du droit ; « construction nouvelle issue d'un esprit nouveau de l'interprétation, elle a fait partie de l'ensemble de l'évolution juridique du temps et s'y intègre... elle atteint l'ancienne conception de la loi, tout en la maintenant (1) », et c'est ici que l'idée de but fait défaut pour expliquer le rôle de cette théorie si prépondérante et si incontesté (2) dans la pensée juridique contemporaine.

Pourquoi l'abus peut-il s'imposer à l'interprète à côté de l'exercice légal ? et si détournement de but il y a, pourquoi la distinction entre deux buts différents peut-

(1) M. Leroy, *op. cit.*, p. 250-251.

(2) Voir Charmont, *Abus du droit* (*Rev. trim.*, 1903, p. 348).

elle exister et quelle est la force qui impose cette distinction ? -- L'idée seule de but ne peut pas le dire. Mais, si on considère toute disposition juridique positive comme la balance résultée de la table des valeurs juridiques, existante au moment de la création de la loi, implicitement on reconnaît que, dès l'instant que cette table de valeurs a été modifiée, l'équilibre lui-même doit s'en ressentir ; avec l'évolution sociale, les affirmations de nouvelles valeurs, transposées de l'ordre moral ou économique-social dans l'ordre juridique, produisent une dépotention des anciennes valeurs juridiques, modifient et déplacent le point qui fixait l'ancien équilibre, et, par là, déterminent une nouvelle table de valeur ; mais la loi existe, -- elle se soutient par sa force obligatoire, et par son esprit conservateur elle veut maintenir l'ancien équilibre : *la différence entre les deux tables de valeurs juridiques, celle du moment de la création de la loi et celle de son application, donne la mesure de l'existence de l'abus* (1).

35. C'est en suivant ce mode de raisonnement qu'on peut expliquer pourquoi la théorie de l'abus du droit a pris un tel développement d'application pratique à l'époque contemporaine. Il y a un code qui date de 1804, et, à un siècle de distance, la table des valeurs juridiques, par l'évolution sociale, la plus surprenante qu'on ait jamais vue dans l'histoire, a été entièrement modifiée ;

(1). Comp. J. Cruet, *Vie du droit*, p. 55-57.

d'autre part, par sa force obligatoire, la table ancienne de valeurs veut se maintenir, et pourtant, sur les points au moins où les valeurs nouvelles, issues du mouvement économique et social, se sont le plus décisivement affirmées, employer l'ancienne valorification des droits, pour leur réalisation, c'est faire un abus par rapport à la conscience contemporaine du droit. La valeur nouvelle de la solidarité sociale a fait son œuvre dans la conscience juridique, et elle se traduit par une solidari-sation des droits ; le particularisme et l'individualisme du Code, la forme statique du droit et l'isolement des droits qui formaient la base de la conception des auteurs du Code a laissé la place à une socialisation, à une conception purement dynamique des droits.

La théorie de l'abus du droit apparaît non pas comme une catégorie juridique spéciale, mais comme un courant général de la pensée contemporaine : en ce sens-là son existence devient non pas simplement rationnelle, mais toute naturelle sous un régime de codification. Si dans le droit romain, elle n'a pas existé (1), c'est parce que l'organisation juridique des Romains accordait à

(1) Par une ancienne habitude, on veut toujours trouver l'appui de toute théorie juridique dans des textes du droit romain. C'est ce qu'on a voulu faire ici aussi. (Voy. Dobrovici, *thèse cit.*, p. 15-20). Les exemples qu'on donne dans le droit de famille (D., 27-5-12 ; — D., 48-2-8 ; — D., 48-1-28 ; — D., 1-26), dans le droit de propriété (D., 39-1-12) et dans d'autres matières sont ou bien des absences de droit, ou des fait qui peuvent attirer la responsabilité, et non pas des exercices abusifs du droit.

l'interprète un pouvoir d'adaptation et de création du droit, que les auteurs du Code n'ont pas eu le courage de lui accorder. Si, dans les nouveaux codes civils allemand et suisse, elle fait son apparition, c'est parce qu'on a voulu concilier le pouvoir restreint du juge, ou plutôt son manque de pouvoir dans la création du droit, avec les nécessités de l'évolution juridique.

CHAPITRE IV

LE DÉPLACEMENT DE VALEURS ET LE DROIT NOUVEAU CONCEPTION NOUVELLE DE LA LOI ET DE L'INTERPRÉTATION

« La vie ne doit pas se
plier aux principes, ce sont
les principes qui doivent se
modeler sur la vie. »

(JHÉRING, *Esprit du Droit
Romain.*)

1. Nous approchons la fin de notre tâche : le sujet était trop vaste et trop nouveau pour pouvoir espérer avoir au moins élucidé pleinement tous les points essentiels de cette nouvelle base à donner à la technique de l'évolution du droit sous le régime des législations positives écrites.

Partis, au commencement de cet ouvrage, d'un courant philosophique, qui pose comme seule valeur de tout raisonnement, et par là de tout principe, sa force de réalisation pratique, nous avons cherché, surtout dans notre deuxième partie, à garder toujours un contact continu avec la réalité des faits qui peuvent imposer

les principes. D'autre part, considérant que toute loi sociale, en tant qu'elle s'applique à des corps qui ne sont pas arrivés jusqu'à présent à une agrégation qui ne permette plus des modifications de leurs éléments, ne peut avoir qu'une valeur temporaire et factice, et qu'en tout cas, dans la détermination des lois qui gouvernent les manifestations extérieures de la vie humaine, on ne peut arriver qu'à des approximations de corrélation entre certaines causes et certains effets, nous avons cherché à trouver, dans une branche spéciale de cette sorte d'études, le Droit, la mesure technique de cette corrélation. La théorie du déplacement des valeurs de l'ordre moral ou économique-social dans l'ordre juridique nous a semblé offrir le moyen le plus sûr pour la détermination des normes qui doivent gouverner les relations juridiques dans une société déterminée.

Considérant que le Droit, indépendamment de toute disposition positive, n'est autre chose qu'un *minimum éthique* et un *maximum d'utilité* permise, que ce *minimum* et ce *maximum* font l'objet d'une appréciation dans la conscience de ceux que le droit doit régir, que cette conscience elle-même est le produit d'un milieu déterminé, et que, par conséquent, les variations des circonstances de la vie influent d'une manière directe sur le contenu du droit, et, que ce qui reste comme immuable dans le droit c'est simplement la liaison continue entre certaines valorifications de ce minimum et de ce maximum, et le contenu du droit, nous avons cru posséder

des éléments suffisants pour pouvoir affirmer que c'est ce changement de valorification dans le contenu du Droit qui forme toute la base de la technique rationnelle de l'évolution du Droit.

2. D'autre part, considérant que tout rapport juridique, toute disposition positive, est, en dernière analyse, un équilibre entre des intérêts en présence ; que tout texte de loi, décomposé en hypothèse et dispositif, dans la liaison de ces deux éléments, cherche à réaliser cet équilibre entre des intérêts en présence que l'appréciation de la possibilité de leur équilibre est guidée par la valorification des intérêts, indiquée par les ordres moral et économico-social ; que, par conséquent, toute modification dans ces deux ordres-là doit se traduire, dans l'ordre juridique, par une transformation dans la table des valeurs existantes, nous avons cru devoir conclure à l'impossibilité de pouvoir jamais fixer d'une manière immuable et définitive les rapports juridiques dans leur contenu. « Une loi indéformable ne peut se concevoir que dans une société immobile », écrit M. Cruet (1).

L'idée de la mobilité de la loi apparaissait nécessairement ; elle n'était pas trop nouvelle, en tant qu'elle était affirmée par la jurisprudence et démontrée par les écoles nouvelles d'interprétation, dont nous avons esquissé les traits généraux dans notre première partie.

(1) J. Cruet, *op. cit.*, p. 55-57.

Ce qui manquait aux systèmes nouveaux, qui sont apparus à l'époque contemporaine, c'était surtout le sens et le mécanisme de cette évolution, soit dans le droit en dehors de toute idée de disposition positive, soit surtout dans le droit sous le régime des codifications.

3. En tant que dans toute science le grand rôle de la technique est de servir comme moyen de réalisation effective des principes, nous avons cru devoir rechercher dans la technique générale de la construction juridique et de son évolution, tant l'explication de l'évolution du droit en général, que sa réalisation positive dans les transformations de la loi. Dès lors, le problème était apparu sous une lumière nouvelle : rechercher la manière dont une transformation au point de vue technique se traduit dans le droit, découvrir le mécanisme, si l'on veut, de l'évolution du droit, c'était d'un seul coup apprécier ce qui a été fait et se rendre compte de ce qui peut se faire encore, — et par là, de la manière dont les transformations à venir peuvent s'opérer. La technique prenait ainsi sa véritable importance dans la science du Droit, et, en tant qu'elle pouvait offrir en dehors des explications pour ce qui a été fait, des directions pour les créations à venir, elle se constituait en méthode.

Mais, — toute méthode ne peut se constituer que par l'expérience, et le seul moyen d'expérimentation dans les sciences sociales est l'interprétation explicative applicable, à un passé indéterminé, qui, s'appuyant

sur le plus grand nombre de cas, — puisse s'ériger en principe. C'est ce que nous avons essayé de faire dans notre deuxième partie. L'idée de déplacement de valeur des ordres moral et économique-social dans l'ordre juridique nous a semblé offrir le seul mécanisme technique de l'évolution du droit ; et, -- cherchant à l'appliquer au plus grand nombre d'hypothèses, où une discordance s'était produite entre le texte légal, qui voulait emprisonner le droit dans une formule, et la mobilité réelle de la vie, — nous croyons être arrivé à démontrer, à force d'exemples, — que cette opinion est la seule qui s'impose comme idée génératrice dans la technique de l'évolution du droit.

4. D'autre part, d'après la manière dont nous avons conçu le principe du déplacement de valeurs, comme moyen explicatif de l'évolution juridique, nous n'avons pas dépassé le seul postulat possible dans la formation des lois sociales. Car, comme nous l'avons déjà dit dans notre avant-propos, tout ce qu'on peut affirmer avec certitude dans les sciences sociales, ce sont des rapports approximatifs entre les besoins réels de la vie dans un lieu et temps donnés et l'ordre de leur manifestation ; en d'autres termes, tout ce qui peut faire l'objet d'une étude scientifique des phénomènes sociaux, c'est la liaison qui peut s'établir d'une manière nécessaire entre les causes qui peuvent influencer les manifestations extérieures de l'activité humaine et l'ordre de ces manifestations. Or, *notre opinion sur le déplacement*

de valeurs de l'ordre moral et économique-social dans l'ordre juridique, ne tendait qu'à établir qu'il y a une liaison parfaite, décisive, et démontrable dans tous les cas, entre l'ordre moral et économique-social, — et l'ordre juridique; que toute transformation dans ces deux ordres-là doit se traduire par une modification dans l'ordre juridique; que, dès lors, chercher la mesure d'une évolution du droit, c'est rechercher d'abord les modifications qui se sont produites dans les ordres moral ou économique-social.

5. Mais l'idée elle-même, manifestée sous cette forme, ne représentait ni une nouveauté trop grande, et n'offrait pas un moyen sûr de réalisation positive dans la création juridique. Le concept de *valeur* introduit dans le droit, comme il avait été déjà utilisé tant dans les sciences morales et sociales, que dans les sciences positives elles-mêmes, allait nous offrir un moyen plus certain, plus déterminé, plus facilement applicable et, par conséquent, plus pratique, dans l'appréciation de l'évolution du droit.

Considérant que tout concept, dans l'ordre des sciences sociales, se constitue par la *valeur appréciative* qu'on lui accorde, qu'en d'autres termes les concepts dans ces sciences-là n'existent pas par eux-mêmes, mais par la valeur qu'on leur assigne, il s'en suivait qu'à chaque époque, par l'enchaînement des concepts entre eux, se constituait une sorte de table de valeurs, qui représentait la valeur des actions humaines simplement par

rapport à cette époque-là. D'autre part, reprenant notre conception du droit pur, qui doit être considéré comme un minimum éthique et un maximum d'utilité permise, nous sommes amenés à dire, que la table des valeurs juridiques d'une époque sera la conséquence directe de la table de valeurs des deux autres ordres, qui se reflètent d'une manière implicite dans le Droit. Dès lors, toute valeur nouvelle, créée dans les ordres moral ou économico-social, ou, si l'on préfère, sous une forme plus générale, toute modification dans l'appréciation d'une des valeurs de ces deux ordres-là, doit se traduire par une modification dans l'ordre juridique. Dans l'ordre du droit pur, cette idée apparaissait pour nous sous la forme suivante : chaque changement dans chaque valeur particulière qui fait partie intégrante de la table des valeurs des ordres moral ou économico-social doit se traduire par une modification dans des points certains de l'ordre juridique ; ces points certains sont ceux où se produit l'incidence de la valeur morale ou économico-sociale dans l'ordre juridique.

6. La précision devenait de plus en plus certaine : il fallait trouver le point d'incidence de chaque valeur morale ou sociale dans l'ordre juridique. Mais là est la grande insuffisance des sciences morales et économico-sociales : il n'existe pas, dans ces sciences-là, de principes synthétiques, de lois générales, qui puissent déterminer d'une manière axiomatique la vérité, — il n'existe que simplement des constatations ; dans leur domaine

il faut se contenter de simples procédés techniques qui révèlent les moyens de découverte de la vérité dans chaque cas particulier, mais qui ne formulent pas le principe général de la vérité elle-même. Ainsi la technique dans ces sciences, comme dans le Droit, représente une sorte de *logique interne*, une sorte de manière de raisonner, et non pas le raisonnement lui-même. La grande question, donc, qui se posait, était de trouver le moyen de découvrir l'incidence exacte de chaque valeur de l'ordre moral ou économique-social dans le droit, pour pouvoir ainsi utiliser de simples constatations, de faits, qui avaient été formulées dans ces ordres-ci.

7. La construction juridique sous la forme d'un équilibre entre les intérêts, avons-nous pensé, peut offrir ce moyen pour la découverte de l'incidence des valeurs morales et économique-sociales : balance entre le dispositif et l'hypothèse, — à l'intérieur de l'hypothèse des catégories réelles d'intérêts, — appréciation de ces catégories particulières d'après la valeur qu'on leur accorde au moment de la création de l'équilibre; — fixation du centre de balancement entre l'hypothèse et le dispositif, en rapport direct avec la valeur qu'on accorde à chaque catégorie réelle d'intérêts; — tels étaient les termes de tout problème juridique. Détermination exacte, dans chaque catégorie réelle d'intérêts, de la valeur qu'on avait accordée à une action humaine dans la table des valeurs morales et économique-sociales au moment de la création de l'équilibre juridique, et par

répercussion sur la table de valeurs juridiques — et détermination de la valeur qu'on lui accorde dans les valeurs morales et économique-sociales au moment de l'application de l'équilibre juridique existant ; s'il y a modification dans l'appréciation de ces valeurs-là, elle se traduira par une modification dans l'équilibre juridique, exactement à l'endroit où la valeur ancienne morale ou économique-sociale modifiée se plaçait dans l'ordre juridique. L'esprit de la loi, au moment de sa création et au moment de son application, se réduit, au point de vue technique, à des déterminations des tables de valeurs morales ou économique-sociales, et par là, de la table des valeurs juridiques, au moment de la création de l'équilibre juridique, et au moment de son application.

8. Donc, s'il faut faire appel aux sciences sociales, rechercher l'idée de justice générale, l'idéal de justice, ou, si l'on préfère, pour employer la formule de M. Gény, « déterminer l'idéal de justice qui se dégage de la nature des choses positives, » c'est rester encore dans le vague, dans l'indéterminé ; — les sciences sociales elles-mêmes, comme nous l'avons dit, nous refusent ce desiderata, en tant qu'elles ne sont pas encore arrivées à formuler pour elles-mêmes des principes généraux.

Faudra-t-il dès lors renoncer à toute utilisation de ces sciences (1) ? Les systèmes contemporains d'inter-

(1) Comp. Lambert, *Fonction du droit civil comparé*, p. 889 et sv. ; — Albarez, *op. cit.*, p. 172 et sv. ; — M. Leroy, *op. cit.*, p. 228 ; — Gény, *op. cit.*, p. 183 et sv. ; — J. Cruet, *op. cit.*, p. 173 et sv.

prétation pourraient bien laisser pressentir cette conclusion. L'opinion que nous soutenons trouve, croyons-nous, le mode technique de l'utilisation des données précises, quoique restreintes, des sciences sociales : les simples constatations de fait, même sans aucune généralisation, pourront être ainsi utilisées dans l'évolution du droit.

Les exemples invoqués par nous, les uns cités simplement comme des créations en dehors de l'ordre juridique établi par l'équilibre positif existant, d'autres analysés un peu plus à fond, nous ont offert le moyen de prouver l'application générale de la théorie du déplacement de valeurs, à l'explication technique, démontrée ou démontrable, de l'évolution des principes juridiques ; ils ont prouvé, d'autre part, la facilité avec laquelle on peut utiliser les simples constatations de fait que les autres sciences sociales peuvent nous offrir.

* +

9. Mais ne nous arrêtons pas là : quoique nous ne fassions que donner la forme la plus générale de notre pensée, sans chercher encore à déterminer les points de détail, nous manquerions à notre tâche si nous ne constatons pas ce que, de l'application de notre opinion aux exemples donnés, on peut conclure tant sur le courant général du droit que sur la nature de la loi et de l'interprétation dans l'époque contemporaine.

A parcourir d'une manière attentive les quelques exemples que nous avons indiqués, et l'application, sous la forme la plus générale possible, que nous avons faite de notre opinion sur le déplacement de valeurs de l'ordre moral ou économique-social, dans l'ordre juridique, pour nous rendre compte de la place que les valeurs nouvelles, créées dans ces deux ordres-là, doivent occuper dans l'équilibre que le droit établit entre les intérêts en présence, — on s'aperçoit que le droit peut être considéré comme une « mise en valeur des sciences morales et politiques » (1). Dès lors, l'immobilisation du droit par la loi devient une impossibilité, réfutée par elle-même, et l'école des interprètes du Code devient irrationnelle dans son système : si la croyance de pouvoir immobiliser le droit par la codification a été le principe le plus déterminant peut-être des auteurs du Code de 1804, l'esprit le plus avancé de cette époque, Portalis, doutait de son exactitude quand il disait : « les lois, une fois rédigées, restent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes au contraire ne se reposent jamais ; ils agissent toujours, et ce mouvement, qui ne s'arrête pas et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit, à chaque instant, quelque combinaison nouvelle, quelque nou-

(1) M. Leroy, *op. cit.*, p. 192, 223-227. — Comp. Mallieux, *L'exégèse des Codes*, p. 208 ; — Alvarez, *op. cit.*, p. 167 ; — Korkounov, *Théorie générale du droit*, p. 213 ; — J. Cruet, *op. cit.*, p. 189.

veau fait, quelque résultat nouveau » (1). La disposition positive de la loi, et l'équilibre qu'elle fixe n'est qu'un aperçu d'un instant pris sur l'évolution sociale (2) et son irréalité est d'autant plus naturelle, que le temps de son application est plus éloigné du temps de sa création ; un ordre juridique déterminé, pour employer notre manière de raisonner, représente la table des valeurs juridiques d'une époque certaine, et, par conséquent, une valorification déterminée des concepts dans les ordres moral et économique-social, et, quand une valeur nouvelle fait son apparition dans un de ces deux ordres-là, — l'ordre juridique établi, par contre-coup, ne se trouve plus en équation avec l'ordre existant dans la loi positive : c'est ce que nous avons appelé la crise juridique. — Dès lors il est certain qu'une lutte s'engage toujours, soit dans le droit pur, soit dans le droit positif, entre des valorifications de droits de différentes époques ; et les exemples que nous avons donnés montrent, croyons-nous, suffisamment, que, toutes les fois qu'une dépotention d'une valeur se produit ou qu'une valeur nouvelle se crée, malgré toute l'opposition que la loi peut offrir, la répercussion s'accomplit nécessairement dans l'ordre juridique et elle s'impose à l'interprète.

(1) *Discours préliminaire*, Fenet, t. I, p. 469 ; — comp. *ibid.*, p. 470 476. — Voy. Esmein. *L'originalité du code civil (Livre du centenaire)*, t. 1, p. 19-21).

(2) G. Le Bon, *La psychologie politique et la défense sociale*, p. 45.

La théorie de l'héritier apparent, pour ne citer qu'un seul des exemples analysés dans notre dernier chapitre, montre le triomphe d'une valeur nouvelle, celle de l'impôt des tiers et de la circulation des biens dans ce cas spécial, malgré le manque de toute disposition légale qui puisse la justifier ; la jurisprudence, à propos de la théorie de conditions illicites dans les donations, se faisant l'écho de la dépotention de la valeur des intérêts qui avait provoqué la création de l'article 900, lui donne une interprétation tout à fait différente du vrai sens de cette institution.

10. Bluntschli écrivait sur la Politique Civile, qui, comme nous l'avons déjà dit, est synonyme, pour certains auteurs, d'une sorte de méthode positive d'adaptation du droit : « Le sage politique accepte une innovation, même en violant le droit, dès qu'elle est *indispensable* à l'existence ou à la marche progressive de l'État » (1) et peut-être ne se rendait-il pas compte que son postulat commençait à devenir une réalité dans la jurisprudence civile en France.

En effet, ce que la marche générale de la jurisprudence en France, surtout après 1840, nous démontre, c'est qu'avec une interprétation large, qu'on pourrait appeler plutôt sociologique, elle a une tendance à ne plus être si réfractaire, qu'avant cette date, aux courants qui s'im-

(1) Bluntschli, *La politique* (trad. A. de Riédmatten, 2^e édit., 1883), p. 15 et suiv. — Comp. M. Leroy, *op. cit.*, p. 129.

posent à l'interprète en dehors de la loi écrite ; la liaison forte qui existe, et doit toujours exister, entre la table des valeurs morales ou économique-sociales et l'ordre juridique est devenue à peu près un principe d'interprétation. Ce que, d'une manière générale, dans la doctrine on classe sous la dénomination de socialisation du droit, et qui se traduit, d'une manière plus précise, par une *collectivisation du sujet de droit*, tendance à laquelle nous avons fait maintes fois allusion, se répercute dans l'interprétation par sa *socialisation*, si l'on veut lui donner ce nom. Ce que les auteurs appellent interprétation large, vie des textes, nature des choses positives, influençant d'une manière directe les dispositions positives de la loi, n'est en réalité qu'une tendance générale qui veut transformer le fondement même de la loi en une direction plus conforme aux mouvements sociaux contemporains qui ont imprimé à la société un essor inattendu de force et de variation d'évolution.

✱ ✱

11. Ce qu'avant tout, au point de vue du courant juridique général de l'époque contemporaine, la tendance, tant de fois remarquée par nous dans l'analyse des exemples donnés, de faire fléchir la loi devant les valeurs nouvelles qui s'affirment d'une manière décisive dans les ordres moral ou économique-social, démontre,

c'est que la loi ne repose plus sur l'ancien fondement. En effet, dans la conception classique, défendue encore par un des esprits juridiques contemporains les plus éminents, la loi « n'est pas autre chose qu'une volonté émanant d'un homme ou d'un groupe d'hommes, et condensée en une formule » (1). Or, dire que la loi est une volonté, c'est implicitement affirmer qu'elle doit s'imposer, sans aucune altération, jusqu'à ce qu'une autre volonté intervienne pour la faire disparaître; ou, en d'autres termes, c'est dire que la loi se suffit par elle-même, — qu'interpréter un texte c'est découvrir l'idée initiale qui l'a créé, et poursuivre cette même idée à n'importe quel moment de son application; que, par conséquent, l'esprit conservateur de la loi positive doit vaincre l'esprit progressif de l'évolution sociale, ou, si l'on préfère, pour prendre l'ultime conclusion à laquelle on pourrait arriver, c'est se figurer que la loi peut immobiliser le droit, — ce qui conduit à l'école des interprètes du Code. Volonté — ordre, impératif catégorique, émanant d'une force organisée, voilà la conception classique; le législateur a laissé la loi « pleine de sa pensée et de son vouloir.... et il est contradictoire à sa nature de l'interpréter autrement que comme un acte de volonté » (2); immobilité des institutions qui ont été fixées par la loi, — voilà la conséquence nécessaire.

(1) Génv, *op. cit.*, p. 230. — Comp. p.¹ 240.

(2) Génv, *op. cit.*, p. 228. — Comp. p. 230

qu'on en tire. Cette conception elle-même, prise dans son ensemble, représente dans le droit la traduction des tables de valeurs existantes dans l'ordre moral et économique-social : l'impératif catégorique moral de Kant, bien en soi, loi morale rationnelle, — dans l'ordre moral ; — immutabilité des lois économiques, transposition des lois naturelles des phénomènes physiques dans l'ordre économique ; — ordre social basé sur l'idée de l'absolutisme royal, pouvoir du roi découlant d'une délégation divine, en vertu de laquelle il est le suprême régulateur des choses, « tout est fixe, et la législation tend à maintenir la fixité. Tout est croyance, tout est absolu, tout est respect ; la société est dogmatique. L'église, comme la royauté et ses institutions, pose ses croyances en vérités immuables et définitives, de telle façon que le dogme est devenu synonyme d'immutabilité » (1) ; la conception de la loi est dogmatique, et elle est le résultat direct du dogme de l'immutabilité des tables des valeurs existantes dans les ordres moral ou économique-social ; c'était le dogmatisme régalien, — et il se perpétue dans la conception des interprètes du Code sous la forme de la conception de la loi, de l'école des interprètes du Code, comme volonté-ordre.

12. Or des valeurs nouvelles apparaissent, elles affirment leur force et leur poids dans les ordres moral et économique-social, elles déplacent le centre de gra-

(1) M. Leroy, *op. cit.*, p. 38-39. — Comp. p. 98 et sv.

tivité de l'équilibre antérieur, elles forcent les portes du droit et la jurisprudence leur crée une place dans l'équilibre juridique. Des exemples que nous avons analysés d'une manière très sommaire, en y faisant l'application de notre opinion sur la technique de l'évolution du droit, la grande conclusion qu'on peut tirer est, qu'à la suite de modifications considérables et déterminantes dans les ordres moral et économique-social, modifications qui ont amené ce que, d'une manière vague, nous avons appelé la crise générale contemporaine, des valeurs nouvelles sont apparues dans l'ordre juridique et, s'imposant aux juristes et aux interprètes, ont forcé les portes closes de la table des valeurs anciennes fixées par le Code de 1804. La doctrine et la jurisprudence se sont rendues compte de leur importance et en cherchant une conciliation sur bien des points entre les textes de 1804 et l'ordre juridique nouveau, ont avoué implicitement cette importance, déterminante dorénavant dans la table positive des valeurs juridiques. Mais ce que la jurisprudence et la majeure partie de la doctrine n'ont pas vu, c'est que, par le simple fait de cette conciliation, aussi bien que par des créations qui dépassent les cadres des anciens textes, la théorie de la loi, dans son ensemble, est totalement modifiée.

13. La loi positive n'est plus une volonté-ordre qui se suffit à elle-même, la loi n'est plus immuable, la loi n'est plus absolue, — elle n'est que le résultat d'un équi-

libre entre des intérêts en présence, la conséquence directe de la valorification des intérêts qui méritent une protection juridique, d'après le poids que ces intérêts représentent dans les ordres moral et économique-social, et la conséquence indirecte de la table des valeurs morales et économique-sociales d'une époque déterminée ; en d'autres termes, elle est « l'expression de la manière d'être d'une société à tel moment » (1) ; image des ordres moral, social et économique, la loi suit leur transformation. « La loi est un instrument de réglementation sociale... Et comme la matière sociale est matière organique en voie de transformations constantes, la réglementation qui s'y applique doit suivre l'évolution progressive du milieu pour lequel elle est faite, » écrit M. Saleilles (2). Evolution progressive du sens des textes, comme dans le système d'interprétation de M. Saleilles, équilibre entre les intérêts, comme fondement rationnel de la loi, et déplacement de valeurs de l'ordre moral et économique-social dans l'ordre juridique, pour expliquer toute évolution du droit, comme dans notre opinion, une seule chose reste certaine : la loi positive n'est et ne peut pas être

(1) Bouvier et Jèze, *Rev. critique*, 1897, p. 388-389, 430-431 ; — A. Morelli, *La Funzione Legislativa*, 1893, p. 291. — Comp. Gédy, *op. cit.*, p. 227-228.

(2) Saleilles, *Déclaration de volonté*, art. 133, n° 43, p. 214. — Comp. Charmont, *Sources de droit positif à l'époque actuelle* (*Rev. métaphysique*, 1906, p. 121), — Alvarez, *op. cit.*, p. 100-103. — M. Leroy, *op. cit.*, p. 240 et sv.

immuable, elle a cessé d'être un impératif avec une force d'application toujours égale ; elle a cessé surtout d'être une volonté qui se suffit par elle-même, elle ne trouve pas l'explication et la raison de son existence dans des principes rationnels. De même que dans la science positive il n'existe pas, à la suite des théories du criticisme contemporain, des principes rationnels, mais des principes de conduite pratique, de même que, par conséquent, dans son domaine, la vérité est appréciée en fonction de l'« opportunisme » pratique, qu'elle peut procurer ; — de même que, dans la morale, il n'existe plus de normes imposées par la raison pure, d'impératifs catégoriques ; — de même que, dans les ordres social ou économique, on n'étudie plus les phénomènes en vue d'une recherche de principes universels et immuables, — dans le Droit, la loi positive, perdant tout le fondement d'immobilité et de vérité absolue, que le rationalisme philosophique et économique, et la théorie régaliennne lui donnaient, ne trouve plus la raison de son existence, et par conséquent la mesure de son application, dans le principe rationnel d'ordre-volonté.

La loi ne crée plus des situations juridiques, elle les traduit ; la loi n'est pas la force créatrice du droit, mais simplement le cachet dont les valeurs qui s'imposent dans les ordres économique, social ou moral, ont besoin pour légitimer leur existence dans l'ordre juridique ; les valeurs juridiques existent et s'imposent

avant toute sanction législative, — la loi ne leur offre qu'une sorte de passeport pour entrer dans le domaine du droit : « La loi n'est pas la source originaire du droit ; elle n'en est que la constatation », écrit M. Capitant (1). Le pouvoir législatif, représentant la force organisée, n'est pas le pouvoir créateur du droit, — il n'est que simplement son organisateur, son classeur ; croire le contraire, c'est poser le principe insoutenable que « la loi, c'est la force (2) ». « Il faut néanmoins observer que la force n'est pas le droit. La force est énergie mécanique, tandis que le droit est évaluation ; la force accomplit les actions, le droit les apprécie. Et encore la force est l'arbitraire, le droit est la règle... Le droit représente un équilibre de forces », écrit avec beaucoup de raison M. Alexandre Lévi (3). La loi ne fait que sanctionner ce qui existe déjà dans la conscience collective et dans sa traduction pratique ; elle doit être, au point de vue de la technique de la construction juridique, l'image exacte de la table des valeurs juridiques qui existe au moment de sa création ; et cette table elle-même trouve la force de son existence, non pas dans

(1) Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, Paris, 1912, p. 25.

(2) Comp. C. O. Bunge, *La loi c'est la force*, *passim*. Surtout p. 251 et sv., 300 et sv., 428 et sv.

(3) Al. Lévi, *op. cit.*, p. 188-189. — Comp. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901, p. 15, p. 90 et sv., 114 et sv. ; — *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, Paris, 1908, p. 78 et sv.

un principe rationnel de volonté qui l'imposerait du dedans, de la conscience subjective du législateur, mais du dehors, des ordres moral ou économico-social, de leurs tables de valeurs corrélatives, et, dans ces ordres-là même, de l'enchaînement entre l'appréciation des valeurs qui les constituent et leur traduction objective. Le droit est avant tout principe d'action, et, dès lors, le fondement de la loi, qui le détermine ne peut pas consister dans un principe rationnel tel que la volonté. Ce que les principe de la science positive contemporaine, et la philosophie pragmatiste, qui y puise ses arguments, nous démontrent, c'est, que l'action gouverne la raison et s'y impose, et, croire à l'existence d'un principe rationnel à la base du fondement de la loi juridique, c'est se figurer que la raison gouverne l'action. Ce que notre opinion sur le déplacement de valeurs de l'ordre moral et économico-social dans l'ordre juridique, comme fondement, au point de vue technique, de toute transformation du droit, démontre avant tout, c'est que *les besoins de la vie pratique s'imposent aux formes de la pensée et les modifient* ; que la loi n'est qu'une forme que la pensée donne pour représenter une réalité — et que, par conséquent, elle doit *être fonction mathématique continue et toujours réelle de cette réalité* ; qu'elle ne doit pas et ne peut pas opposer de résistance à la transposition des mouvements de la réalité dans le formalisme ; que, ce que l'ancienne théorie de la loi, au point de vue de la tech-

nique, représentait, c'était le dernier vestige d'un formalisme de la pensée ; — et qu'il devait disparaître à jamais. Les exemples que nous avons donnés, qui ne sont, et ne peuvent pas être limitatifs, en sont, croyons-nous, la preuve la plus évidente.

14. D'autre part, à considérer, d'un point de vue plus concret, que la loi dans la pensée contemporaine représente, plus que jamais, un équilibre entre les intérêts en présence, que cet équilibre trouve son fondement dans le poids que chaque valeur juridique, appréciée au point de vue de son utilité pour la réalisation de la paix sociale, représente dans les tables des valeurs des ordres moral et économique-social ; que, par conséquent, la loi est forcée de céder toujours devant l'affirmation d'une nouvelle valeur, il suit qu'elle prend une nature tout à fait temporaire ; elle prend, pour employer l'expression de M. Leroy, une nature de « loi réglementaire » (1). « Dans la conception nouvelle, la loi ne tend plus au commandement absolu, elle s'efforce à la diversité, en fonction de la vie, cherche à guider, devient conseil, essaye de régulariser les mouvements de la vie sociale. Un canal suit un fleuve pour en permettre l'utilisation. Elle cherche à s'adapter aux néces-

(1) M. Leroy, *op. cit.*, p. 187 et sv. : « Il n'est plus dans le vœu de la loi d'être perpétuelle : la loi prend un caractère réglementaire » (p. 191). — Comp. Larnaude, *Le code civil et la nécessité de sa révision (Livre du centenaire, II, p. 966)* ; — Percerou, *Annales de dr. commercial*, 1898, p. 64.

sités économiques, les sert, les suit aussi en les organisant, en les disciplinant, bien loin de chercher à supprimer leurs tendances propres, leurs conditions et leurs affinités », écrit-il (1). Ce n'est plus la loi individualiste, qui, en vertu d'un principe rationnel, s'impose par elle-même, mais la « loi démocratique », qui ne peut être applicable qu'en tant qu'elle est la formule exacte de la valeur qu'on accorde, à une époque déterminée, à chaque action humaine, appréciée dans sa liaison nécessaire de coexistence avec les autres.

15. A considérer, donc, que la loi, dans l'époque contemporaine, trouve la force de son obligativité d'appréciation pour l'interprète non pas dans le simple fait d'être une loi, mais dans la correspondance réelle dans laquelle l'équilibre social qu'elle établit se trouve avec la table des valeurs morales et économique-sociales, que cette force absolue d'obligativité disparaît toutes les fois que l'équilibre qu'elle représente est rompu ; que, par conséquent, ce n'est plus le législateur qui est le créateur direct du droit, mais la société elle-même à laquelle le droit doit s'appliquer, — il s'en suit que la théorie et le rôle de la coutume ont dû être entièrement transformées à notre époque. La critique que nous avons adressée à la théorie romano-canonique de la coutume, et à la manière dont elle a été présentée par M. Génv

(1) M. Leroy, *op. cit.*, p. 191. — Comp. p. 212-214, 247, 349. — Comp. Génv, *Procédés d'élaboration du droit civil (Méthodes juridiques*, p. 186 et sv.).

s'explique dès lors, et prend plus de certitude en face de l'exposé général de la théorie du déplacement de valeurs et des applications si nombreuses que nous lui avons trouvées ; nous n'insistons plus, quoique l'application de la coutume sous une nouvelle forme, en face d'une conception de la loi qui amoindrit sa force d'obligativité, demanderait beaucoup d'explication.

Une seule idée doit être retenue : en face de l'amoindrissement de la valeur obligatoire et absolue de la loi, amoindrissement que, surtout les derniers exemples analysés prouvent d'une manière évidente ; en face du rôle prépondérant que, dorénavant, la coutume doit jouer dans la formation et la création du droit (1), le

(1) On peut très bien comprendre la manière dont nous pourrions exposer la formation de la coutume comme force créatrice du droit, en faisant l'application de notre opinion sur l'évolution du droit. Nous avons l'intention d'exposer cette application dans un travail ultérieur. Le déplacement de valeurs de l'ordre moral ou économique-social dans l'ordre juridique démontre que : 1^o la *consuetudo*, élément matériel, et l'*opinio necessitatis*, élément subjectif, intellectuel, ne sont pas distincts et ne peuvent pas être séparés ; ils se trouvent simplement dans la liaison d'effet à la cause : appréciation de la valeur de l'action humaine, base essentielle de tout concept juridique, et réalisation effective de cette valorification, imposée non pas du dedans, de la conscience, mais du dehors, des réalités morales et économique-sociales, — liaison continue entre les deux — vont constituer le seul fondement de l'obligativité de la coutume ; 2^o la coutume n'est pas amoindrie dans son rôle, c'est simplement sa conception qui a changé : la formation jurisprudentielle, surtout dans les derniers 50 ans, le démontre ; 3^o dans le temps contemporain, en face du grand développement des sciences économiques et sociales, s'il faut chercher la force obligatoire d'une valeur nouvelle juridique, il faut renoncer à la trouver

rôle du législateur lui-même est beaucoup amoindri ; la création du droit n'est pas l'apanage du législateur seul, et le principe de la séparation des pouvoirs, qui le lui avait accordé, ne joue plus aucun rôle déterminant dans l'organisation sociale de la loi (1).

*
* *

16. On voit, dès lors, les multiples conséquences qu'on peut en tirer, tant sur le rôle de l'interprétation juridique, que sur le pouvoir du juge à l'époque contemporaine. « C'est à la jurisprudence de combler les vides que nous laissons. Les Codes des peuples se font avec

dans un principe rationnel du droit lui-même, mais dans les faits économiques et sociaux qui s'imposent du domaine de ces sciences-là. En ce sens-là, s'il faut toujours employer le terme coutume, il faudra dire qu'elle devient dans son ensemble tout à fait objective, — et cette objectivité correspond à la séparation décisive dorénavant entre la philosophie et les sciences économique-sociales.

(1) Arthur, *La séparation des pouvoirs et des fonctions* (Revue de droit public, 1900, p. 225) : — Laterrière, *Traité de juridiction administrative*, livre IV, obs. prélim., et chap. I, § 2, p. 17 ; — Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 436. — Comp. M. Leroy, *op. cit.*, p. 154, 349 ; — Lambert (Ed.), *op. cit.*, p. 106 et suiv. ; — Saleilles, *Conception et objet de la science du droit comparé* (Bull. de la Soc. de législ. comp., 1900, p. 387). — Voy. art. I, al. 3, du projet du Code civil suisse : « A défaut d'un texte légal applicable, le juge décidera selon le droit coutumier, et en absence de droit coutumier suivant les règles consacrées par la doctrine et la jurisprudence. S'il ne peut recourir à aucune de ces sources, il appliquera les règles qu'il devrait édicter s'il avait office de législateur ». Sur l'état actuel de la question en Allemagne, voy. Saleilles, *Introd. à l'étude du dr. civ. allem.*, p. 88 et sv.

le temps ; mais, à proprement parler, on ne les fait pas », avait déclaré Portalis, dans le discours préliminaire de la Commission de l'an VIII, marquant ainsi un rôle assez vaste à la jurisprudence dans la création du droit. Mais les interprètes du Code, érigeant comme fondement de la conception de la loi, la volonté, sont arrivés, par voie de conséquence, à l'immobilité du droit par le fait de la codification. Avec l'amointrissement de la valeur obligatoire restrictive de la loi — on revient avec plus de force aux paroles de Portalis.

Vivant à une époque de dogmatisme moral et social, les interprètes du Code ont voulu interpréter la loi d'une manière purement dogmatique, sinon axiomatique (1) ; interpréter la loi, c'était la corrompre, et le rôle de l'interprète était purement mécanique. Et les partisans de ce système restrictif d'interprétation ne manquent pas, encore, à l'époque contemporaine (2).

17. Avec une nouvelle conception de la loi, résultée de l'affirmation forte de valeurs nouvelles dans les or-

(1) « Le droit c'est la loi écrite... Les articles du Code sont autant de théorèmes dont il s'agit de démontrer la liaison et de tirer les conséquences. Le juriste est un géomètre : l'éducation purement juridique est purement dialectique ». — Liard, *Logique*, cité d'après J. Cruet, *op. cit.*, p. 52. — Comp. Mallieux, *Exégèse des Codes*, p. 148 ; — M. Leroy, *op. cit.*, p. 54 et sv. ; — Al. Lévi, *op. cit.*, p. 309 et sv. ; — Gény, *Méthode d'interprétation*, 1^{re} partie ; surtout p. 46 et sv.

(2) A. v. surtout : Alb. Schatz, *Individualisme économique et social*, p. 315, 429-472 ; — comp. G. Morin, *Une Conception individualiste du droit* (*Rev. trim.*, 1905, p. 519).

dres moral et économico-social, par contre-coup, la théorie générale de l'interprétation juridique se modifie. La loi ne représente que la mesure réelle de l'équilibre, d'après la valorification des intérêts qu'elle est appelée à régir, au moment de sa création, et elle doit céder toutes les fois que l'équilibre réel a été modifié, ou, pour employer notre terminologie, toutes les fois que la table des valeurs juridiques a été changée; l'interprétation aura le grand rôle de concilier l'équilibre existant dans la loi positive avec l'équilibre réel au moment de son application. C'est par un contre-coup de la transformation de la conception de la loi que l'interprétation s'est modifiée : ils'agit de faire entrer dans l'ordre juridique les valeurs nouvelles qui se sont affirmées comme nécessaires et utiles dans les ordres moral ou économico-social; en d'autres termes *il faut que le droit et la table des valeurs qu'il représente coïncident à chaque moment avec la table des valeurs morales ou économico-sociales*; voilà le grand rôle que l'interprétation doit s'assigner dorénavant. Les écoles nouvelles, dont nous avons exposé, dans notre première partie, les traits généraux, ont pris ce principe comme postulat nécessaire à l'époque contemporaine.

18. Le déplacement de valeurs, explication technique de l'évolution du droit, complétée avec l'idée d'équilibre entre les intérêts et celle de catégorie réelle à l'intérieur de cet équilibre, peuvent offrir les meilleurs procédés, croyons-nous, de réalisation pratique, tant du

postulat de la doctrine récente de l'interprétation, que de la tâche que la jurisprudence s'est donnée.

C'est en considération de *points différents d'incidence* des valeurs morales ou économico-sociales qu'on peut dire que les moyens de l'interprétation pourront être différents dans la diversité des institutions, du droit civil spécialement; c'est à ce point de vue qu'on peut dire, avec M. Alvarez, qu'étant donné que les diverses institutions ne peuvent pas évoluer dans la même mesure, « il ne saurait exister de procédé uniforme d'interprétation; que l'interprète doit avoir recours à des règles différentes selon les divers degrés d'évolution des rapports juridiques (1); c'est à ce point de vue encore que la distinction qu'il établit (*ibid.*), pour donner la mesure de la variation des procédés d'interprétation, corrélative au stade auquel l'évolution est arrivée, nous semble très judicieuse, quand il écrit : « Il y a, en effet, à considérer dans l'étude générale de l'évolution des institutions : celles qui, au cours du xix^e siècle, n'ont pas, ou presque pas changé, et qui sont très peu nombreuses : celles qui ne sont que partiellement, mais non entièrement modifiées, et qui sont la grande majorité; celles qui sont complètement transformées; et enfin celles qui, nées après le Code, ont des caractères différents des institutions qu'il consacre » —

(1) Alvarez, *op. cit.*, p. 172. Voy. 173-174. — Comp. Gény, *Procédés d'élaboration du droit civil* (dans *Les méthodes juridiques*, p. 193),

En d'autres termes, l'incidence des valeurs transposées des ordres moral ou économique-social peut être différente : ou si l'on préfère une valeur nouvelle affirmée dans l'un de ces ordres avec une telle force qu'elle demandait une place certaine et déterminée dans l'ordre juridique — peut avoir une portée différente sur les diverses institutions de l'organisation que le Code de 1804 leur avait données.

Les catégories réelles, telles que nous les avons préconisées au cours de notre travail, peuvent, croyons-nous, fixer d'une manière certaine l'incidence des valeurs nouvelles dans le droit positif ; elles pourront surtout aider à une utilisation plus précise, plus certaine des données des autres sciences sociales, qui s'imposent dorénavant avec une importance déterminante à l'interprète (1). Nous le répétons, c'est seulement en ce qui concerne les règles spéciales d'interprétation applicables à chaque institution, d'après l'évolution plus ou moins grande qui s'y est produite, qu'on peut dire que les procédés d'interprétation seront variables ; mais, en ce qui concerne *l'évolution elle-même, et la détermination de son sens, nous croyons que la théorie du déplacement de valeurs peut être considérée comme générale et unique* ; appuyée sur le plus grand nombre de cas, elle représente, croyons-nous, la seule explica-

(1) Comp. Lambert, *Fonction du droit civil comparé*, p. 877, note 4 ; — Saleilles, *art. déjà cité* (*Ann. de dr. comm.*, 1892, p. 293).

tion technique de l'évolution du droit, et, dans cette mesure, elle pourra offrir la meilleure orientation à l'interprète.

19. Avec la modification du rôle de l'interprétation, et de la conception de la loi — le rôle et le pouvoir du juge sont transformés ; l'interprète n'aura plus une simple fonction mécanique » ; sa tâche ne sera plus purement « dialectique », mais il aura comme suprême mission celle de « ramener les lois aux faits de l'évolution » (1) ; en d'autres termes, puisqu'il a à déterminer la portée de chaque texte d'après la valorification des droits à des époques différentes, implicitement on lui accorde le pouvoir de faire varier les principes mêmes des lois positives qu'il aura à interpréter ; car, faire varier dans le temps la portée d'une loi, c'est changer le plus souvent le principe de la loi elle-même (2).

Le pouvoir du juge de créer le droit s'accroît dans la mesure dans laquelle la valeur dogmatique de la loi s'amoindrit. Le juge, dans les conceptions contemporaines, n'est plus le représentant de la volonté impersonnelle de la loi, mais il est le représentant de la collectivité qui avait forcé la création même de la loi ; et, à ce point de vue, son pouvoir d'interprétation comprend aussi un pouvoir de création. « La conception

(1) Comp. M. Leroy, *op. cit.*, p. 228 ; — Génv, *op. cit.* p. 183 et sv. J. Cruet, *op. cit.*, p. 73 et sv.

(2) Voy. *contra* Mallieux, *op. cit.*, p. 220-221.

du pouvoir judiciaire, dans nos sociétés, se ramène, somme toute, à cette idée que les magistrats jugent, non pas en vertu d'une autorité supérieure qui soit au-dessus de la collectivité, mais au nom de la collectivité elle-même », écrit M. Saleilles (1).

20. Le Droit, dans son ensemble, apparaît comme une mise en valeur des sciences morales et économico-sociales, et le rôle de l'interprétation étant celui d'établir une corrélation continue et exacte entre l'évolution morale et économico-sociale — et la loi positive écrite — le pouvoir du juge deviendra un pouvoir de création dans l'ordre juridique, dans la mesure de l'évolution des deux autres ordres. Par une diminution de la valeur dogmatique qu'on accordait à la loi, telle qu'elle était conçue par les rédacteurs du Code civil de 1804, par un agrandissement de la valeur sociale de la collectivité et par « l'adhésion » réelle qu'on demande, en principe, aux intéressés au moment de la confection de la loi, l'ancienne crainte du pouvoir du juge n'a plus de

(1) Saleilles, *Déclaration de Volonté*, art. 138, n° 80, p. 288 ; — comp. *ibid.*, n° 81 : « Il sert d'intermédiaire entre la loi et la conscience nationale... De là, l'interprétation incessamment vivante et progressive de la loi par le juge. Là encore le juge n'a qu'un rôle d'organe ou d'intermédiaire. Il sert à la mise au point. Il ne se fait pas juge de la loi ; il n'en est pas le réformateur. Il n'est que l'interprète de la collectivité ». Voy. encore par le même : *Responsabilité du fait des choses devant la Cour suprême du Canada* (*Rev. trim.*, 1911, p. 40). — Comp. J. Cruet. *La Vie du droit*, p. 78-79 ; — Demogue, *op. cit.*, *passim.*, p. 214-224.

motif d'exister : « ce qui est à redouter, c'est l'arbitraire du législateur », et non celui du juge.

Si l'on voulait aller plus loin encore, on pourrait dire que l'interprétation que le juge donne à la loi ne découle pas directement de son texte, mais de l'appréciation, de la valorification, qu'on lui accorde dans l'opinion de ceux auxquels elle doit être appliquée ; le juge reçoit de la loi une simple direction, des points de repère, tout en restant libre dans les intervalles (1). Si notre manière de voir dans l'analyse des derniers exemples est exacte, on peut dire encore que, là où des valeurs, insoupçonnées par les rédacteurs du Code, sont apparues dans les ordres social et économique, le juge, à l'époque contemporaine, dépasse même les limites imposées par les directions que la loi lui offrait. Le bouleversement des valeurs juridiques et la constitution d'une nouvelle table de valeurs, dans l'opinion de ceux auxquels le droit s'applique, amènent nécessairement un élargissement du pouvoir du juge. La série d'exem-

(1) Voy. *Bull. de la Soc. d'études législ.*, 1904, p. 403, sur l'article de Otto Mayer, *Zum hundersten Geburtstag des Code civil* (dans *Frankfurter Zeitung*, 20 mars 1904). — Comp. Saleilles, *Le Code civil et la méthode historique* (*Livre du Centenaire*, t. I, p. 103) ; — Préface à Léon Lyon-Caen, *thèse citée*, p. xviii ; — Gény, *La technique législative dans la codification civile moderne* (*Livre du Cent.*, t. II, p. 1012 et suiv., 1020) ; — E. H. Perreau, *Du rôle de l'habitude dans la formation du droit privé* (*Rev. trim.*, 1911, p. 234) ; — Dereux, *Interprétation des actes juridiques privés*, p. 418, note 1.

ples que nous avons analysés, qui démontrent, sur bien de points de la législation civile, une modification de la table des valeurs juridiques, emporte, comme conséquence nécessaire, l'augmentation du pouvoir du juge.

21. Peut-être n'y a-t-il pas un fait plus suggestif, pour démontrer cette modification du pouvoir du juge, que l'évolution qui s'est produite dans la conception du rôle de la Cour de cassation. En effet, dans l'esprit de la loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790, qui organise le Tribunal de cassation, lequel devait s'appeler, d'après certaines propositions, « Conseil national pour la conservation des lois », il n'était et ne pouvait pas être la pensée qui préconise « l'unification de la jurisprudence », comme son suprême rôle. Sur ce point, les démonstrations de M. Génv et de M. Leroy (1) ont définitivement éclairci le problème de l'évolution du rôle de la Cour de cassation. Une unité de la jurisprudence n'avait pas de raison d'être dans un ordre juridique où la jurisprudence elle-même ne devait pas exister — et où l'interprète avait comme base essentielle le dogmatisme de la loi, qui se traduisait d'une manière positive dans le principe : « Interpréter la loi, c'est toujours la corrompre ». « Le Tribunal de cassation, pas plus que

(1) Voy. Génv, *Méthode d'interprétation*, p. 67 et sv. ; 85, note 1, 561-562 ; — M. Leroy, *La Loi*, p. 58 et sv. — Comp. Planiol, *Droit civil*, t. I, 1908, n^o 205, note 1.

les tribunaux de districts, dit Le Chapelier, ne doit avoir de jurisprudence à lui. Si cette jurisprudence des tribunaux, la plus détestable de toutes les institutions, existait dans le Tribunal de cassation, il faudrait la détruire. L'unique but des dispositions sur lesquelles vous allez délibérer est d'empêcher qu'elle ne s'introduise » (1). En d'autres termes, la pensée des créateurs de la Cour de cassation était que le meilleur moyen d'avoir une unité de législation n'était pas celui de permettre la formation de l'unité de la jurisprudence, mais celui de ne permettre l'élaboration d'aucune jurisprudence : le pouvoir du juge, implicitement, était le plus possible restreint et la création du référé législatif, facultatif ou obligatoire, n'en est que la preuve la plus certaine (2). Dès lors, avec son rôle d'annuler « tout jugement qui contiendrait une contravention expresse au texte de la loi » (art. 3, loi du 1^{er} déc. 1790), et avec l'institution du référé obligatoire, la Cour de cassation était, dans la pensée de ses auteurs, non pas le suprême interprète de la loi, mais le meilleur gardien de son dogmatisme : le juge est l'agent mécanique du dogme de la loi.

Or, après la loi du 1^{er} avril 1837, d'une manière légale, comme avant même cette date, par une simple habitude, la Cour de Cassation s'arroe le rôle de réaliser

(1) *Archives parlementaires*, 1^{re} série, t. XX p. 517.

(2) Comp. Génv, *op. cit.*, p. 68 ; — M. Leroy, p. 59 ; — Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 210.

l'unité de la jurisprudence, à côté de l'unité de la loi : elle commence à intervenir, non pas simplement pour « contravention expresse au texte de la loi », mais également pour « fausse interprétation ». En un mot, il y a cassation, toutes les fois que, sur l'effet, l'étendue et la sanction de la loi, « il y a contravention aux règles usuelles d'application, *aux traditions de la magistrature*, à la *philosophie de la jurisprudence* », dit J. B. Sirey (1).

La loi du 1^{er} avril 1837 « transforme le contrôle, purement négatif, de la Cour de Cassation, en une influence positive et immédiate sur la direction de l'interprétation juridique », et, par ce rôle positif du juge, affirmé d'une manière légale, la loi elle-même reconnaît, implicitement, que le rôle de l'interprète devient un rôle créateur, et que, par conséquent, son pouvoir doit nécessairement s'accroître dans la mesure où l'on s'éloigne de l'époque de la légifération. L'affirmation de certains auteurs « qu'un pourvoi en Cassation peut être fondé, avec succès, non seulement sur un usage ayant force de loi, mais sur des principes qui, sans résulter d'aucun texte, sont universellement reconnus, par le droit des gens ou le droit français » (2), ou bien

(1) *Recueil général des lois et arrêts*, t. XXIV, p., 22, col. 1. — Comp. Génv, *op. cit.*, p. 82.

(2) Comp. Garsonnet, *Traité de procédure*, t. V, 1^{re} éd., p. 573, notes 16-20, p. 650; *Note Labbé* sous. Cass., 12 août 1885, dans S., 86-1-193-194. — Voy. Génv, *op. cit.*, p. 85, note 1.

celle de M. Gény, qu'on peut soumettre au contrôle de la Cour de Cassation non pas simplement l'application d'un usage, reconnu par la loi, mais aussi l'existence même d'un usage contesté (1), sont la preuve que : 1° d'un côté le sens du mot loi, à l'époque contemporaine, a une tendance à devenir le sens que le Code de procédure civile allemand du 30 janvier 1877 lui donne (2) : c'est-à-dire celui de norme juridique obligatoire par le simple fait de son existence, et en dehors de toute création législative ; 2° que, de l'autre, le pouvoir du juge, par la possibilité de la création de l'obligativité d'une norme juridique, qui n'existe que par la manifestation que la collectivité impose — devient un pouvoir créateur dans le droit ; ce pouvoir créateur de normes juridiques obligatoires, accordé tacitement, mais d'une manière décisive, à la jurisprudence, est la conséquence directe d'un changement général de la table des valeurs morales et économico-sociales, et la conséquence indirecte d'un essor évolutif impossible à prévoir à l'époque contemporaine (3).

(1) Gény, *op. cit.*, p. 562. — Comp. Lyon-Caen et Renault, *Traité de dr. comm.*, t. I, 1898, p. 84-85 ; — Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des Personnes*, t. I, 1898, p. 16-21.

(2) « Gesetz im Sinne der Civilprozessordnung dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm » (§ 12 de la loi d'introduction du Code de proc. civ. all.).

(3) « Le phénomène est encore bien plus frappant quand il s'agit de résoudre les difficultés que soulève la conclusion de nouvelles opérations juridiques, engendrées par les modifications qui

22. Le pouvoir créateur de droit de la jurisprudence existe, et il nous semble que personne ne peut plus le contester : il est le résultat d'une dépotention de la valeur de la loi. Pourtant, imposé par la force des choses, le pouvoir créateur de droit de la jurisprudence se maintient seulement par sa force interne : il n'est pas reconnu par la loi — et l'interprète se trouve en face de deux principes contradictoires : 1° d'un côté, tout le monde reconnaît que « nulle imitation, nulle science, nul effort d'imagination ne peuvent suppléer aux impérieuses exigences de la vie », que, par conséquent, la loi, le plus souvent la fiction la plus irréaliste de cette vie, ne pourra jamais entraver le pouvoir de création du juge, qui se trouve plus près de la réalité de l'évolution ; 2° de l'autre, la loi n'accorde pas au juge ce pouvoir de création ; — l'interprète est forcé dès lors, de soutenir la réalité par une fiction, et — tout en faisant semblant de garder les limites strictes de la loi, il recourt à des voies « tortueuses et détournées » (1) pour adapter la loi à la réalité qu'elle doit présenter : les attendus des arrêts deviennent de plus en plus des efforts extraordinaires de dialectique, et ils conduisent, bien souvent, à des démonstrations dépourvues de toute réalité à force

s'opèrent dans les conditions économiques du milieu social, et non encore prévues par le législateur. Le juge n'interprète plus ; il crée le droit ». Capitant : *Introduction à l'étude du droit civil*, éd. 1912, p. 31-32 et comp. note 2, même page.

(1) Comp. M. Leroy, *La Loi*, 182.

d'avoir trop joué avec l'irréel de la fiction. Les exemples que nous avons donnés, dans notre précédent chapitre surtout, en sont la preuve. Il faut bien reconnaître que la crainte du pouvoir créateur du droit du juge n'est plus de ce temps, que le juge est le seul qui, se trouvant placé au sein même de l'évolution morale et économico-sociale, est mis à même de mieux pouvoir le transposer dans le texte de la loi ; que, s'il y a un pouvoir à craindre, c'est celui du législateur, statuant sur les données du pur raisonnement — et, dans le droit, « à force de trop raisonner on risque de déraisonner ». Des propositions, telles que celle de M. Alvarez, d'accorder à la Cour de Cassation le pouvoir de légiférer, sont la manifestation de ce besoin de faire cesser l'irréalité dans le droit (1) ; c'est en répondant au même besoin que le Code civil Suisse accorde un pouvoir très large de création au juge : il doit, « à défaut d'une coutume, *prononcer suivant les règles que le juge établirait s'il avait à faire œuvre de législateur* » (2).

23. D'autre part, ce que le besoin d'accorder un pouvoir créateur du droit au juge, besoin affirmé par un changement des valeurs juridiques, démontre, c'est que l'interprétation, prise dans son ensemble, de-

(1) Alvarez, *op. cit.*, p. 205-207.

(2) Alfred Martin, *Observations sur les pouvoirs attribués au juge par le C. Civ. suisse*, Genève, 1909 (A v. Rev. trim., 1909, p. 861). — Comp., p. le système allemand : Saleilles, *Déclaration de Volonté*, art. 133, p. 243 et sv., art. 138, p. 285 et sv.

vient de plus en plus synthétique — : on ne cherche plus l'explication et l'application pratique d'un texte de loi dans l'esprit de la seule institution qu'il représente, mais dans l'idée d'ensemble qui se dégage de l'évolution morale et économico-sociale à une époque quelconque. Le mouvement social de coopération (3), qui s'accroît de plus en plus à l'époque contemporaine, qui s'affirme dans le domaine économique par la constatation d'une valeur sociale dans chaque valeur individuelle, se traduit dans le Droit par l'existence d'un droit social dans chaque droit individuel, et, dans l'interprétation juridique, par un enchaînement des institutions, de telle sorte que chacune est à la fois l'effet et la cause de l'autre : propriété, obligations, successions, droits personnels et droits réels — ne forment plus, dans l'esprit juridique contemporain, des distinctions axiomatiques, et ne sont plus séparées ni dans leurs causes ni dans leurs effets. Dès lors, toute valeur nouvelle qui se déplace de l'ordre économico-social ou moral dans l'ordre juridique, tout en fixant son point d'incidence dans un endroit certain de l'ordre juridique, étend son influence sur les autres institutions par voie de conséquence. « Le droit d'un peuple a constamment une tendance à évoluer et à se développer d'ensemble : là également il y a solidarité, synchronisme, synarchie...

(3) Tanon, *L'Evolution du Droit et la conscience sociale*, p. 143 et sv., p. 163 et sv.

A toute phase de son extériorisation, le Droit est imprégné d'un esprit identique... C'est l'unité dynamique du droit » (1).

Cette influence exercée par les institutions qui ont évolué sur celles qui, peut-être en apparence seulement, sont restées telles qu'elles ont été fixées dans la loi, est d'autant plus remarquable et plus pleine de conséquences que l'évolution a porté sur des points essentiels, sur des principes fondamentaux du Droit. Or, ce que les exemples, qui nous ont servi à étayer notre opinion sur la technique de l'évolution du droit, démontrent, d'une manière implicite, c'est, et nous croyons que personne ne peut le contester, que les bases mêmes du droit civil, au moins, ont été définitivement changées ; ou, en termes plus précis, et dans le sens même de notre opinion, la table des valeurs juridiques a été changée, la transposition des valeurs essentielles du droit a été opérée par les modifications de la table des valeurs des ordres moral et économique-social. « Nous ne concevons plus à présent, comme les concevaient les rédacteurs du Code, ni la responsabilité civile, ni le droit réel, ni le droit personnel, ni peut-être même le droit en général », écrit M. Gaudemet (2).

(1) Ed. Picard, *Le droit pur*, p. 272. — Comp. Saleilles, *Introd. à l'étude du dr. civ. allem.*, p. 100 ; — J. Cruet, *Vie du droit*, p. 58, p. 299.

(2) E. Gaudemet, *Les codifications récentes et la révision du Code Civil (Livre du cent., t. II, p. 971)*. — Comp. Saleilles, *Préface*

Si l'idée que nous avons essayé de dégager de l'ensemble de notre travail est exacte, si le déplacement de valeurs qui s'est produit des ordres moral et économique-social peut être considéré comme prouvé, et si le Droit garde, à chaque moment de son existence, un besoin d'unité des principes qui le forme, si le Droit, dans son ensemble, doit garder un esprit d'unité en vue de l'ordre à établir dans la coexistence sociale, il faut mettre fin à la discorde qui existe et qui s'accroît de plus en plus, entre le Code de 1804 et le Droit civil de 1911 : la révision du Code civil s'impose.

Ce que, d'autre part, la valorification nouvelle des valeurs fondamentales juridiques, telle que la loi, le droit réel, l'obligation, l'exercice des droits, démontre, c'est que cette révision ne pourra pas porter sur quelques points seulement; — mais, — si l'idée d'interprétation synthétique, qui se dégage de la jurisprudence, comme conséquence de l'idée de solidarité sociale, est exacte, la révision devra être plutôt une réfection générale du Code, une mise en concordance de tous les principes anciens avec toutes les valeurs nouvelles qui s'y sont infusées. Et, s'il nous est permis d'anticiper, — au Code de 1804, — code de l'individualisme, code du passé

à Léon Lyon-Caen, *op. cit.*, p. xxviii; — G. Morin, *op. cit.* (dans *Annales des Facultés de Dr. et de Lettres d'Aix*, 1906, avril-juin, p. 1 et sv., — Demogue, *op. cit.*, p. 161-163; — Alvarez, *op. cit.*, p. 35 et sv. — Thaller, *Rapport sur la révision du Code civil* (*Bull. de la Soc. d'Etudes législ.*, 1904, p. 476 et sv.); — Mallieux, *Exégèse des Codes*, p. 207 et sv.

on peut bien opposer le code de la solidarité des actions humaines, le code de l'affirmation du droit collectif, le code de l'avenir.

VU *Le Président de la Thèse,*
CAPITANT.

VU : *Le Doyen,*
P. CAUVES.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

TABLE SYSTÉMATIQUE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS.....	1-5
INTRODUCTION.....	5-19
Sciences physiques et sciences sociales : leurs lois (p. 5-12).	
Le but et le plan général de notre opinion sur la technique (p. 12-19).	

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE I^{er}

DROIT. — RAPPORT JURIDIQUE. — TECHNIQUE JURIDIQUE	19-54
--	--------------

Nature et détermination de la norme juridique : Droit et Morale (p. 19-22) ; — Equilibre entre les intérêts ; sanction, sécurité, égalité (p. 22-26) ; — Rapport juridique (p. 26-30) ; — Droit naturel (p. 30-32). — But de la Science et but de la Technique (p. 32-39). — Procédés techniques : analyse, concentration logique et construction juridique (p. 39-47) ; — But dans le droit et finalisme philosophique (p. 47-54).

CHAPITRE II

LOI. — CODIFICATION. — JURISPRUDENCE. — COUTUME ET LES ÉCOLES JURIDIQUES CONTEMPORAINES . 55-146

SECTION I^{re}. — *La conception classique*..... 55-68

Conception de la loi : influence du rationalisme et de l'individualisme (p. 55-61). — L'interprétation et les interprètes (p. 61-68).

SECTION II. — *L'école historique et la lutte pour le droit*..... 68-79

SECTION III. — *Les écoles nouvelles*..... 79-146

§ 1. — L'école jurisprudentielle : Système de M. Martin : Conciliation entre la jurisprudence et la doctrine (p. 83-88).

§ 2. — Le système de M. Lambert : construction juridique, rôle du droit comparé (p. 88-95).

§ 3. — Le système de M. Gény : son importance (p. 95-98) ; Critique de l'interprétation stricte et des constructions juridiques (p. 98-103) ; conception de la loi et de l'interprétation ; — Leur critique (p. 103-108) ; — Théorie romano-canonique de la coutume : analyse et critique (p. 108-128) ; — Tradition, autorité et nature des choses positive (p. 128-132).

§ 4. Le système de M. Saleilles : système progressif (p. 132-147). Construction juridique, conception de la loi, rôle du juge et de l'interprétation (p. 134-142) ; le but dans le droit et l'idéal de justice (p. 142-147).

DEUXIEME PARTIE

CHAPITRE 1^{er}

LES CRISES ET LA VIE DU DROIT 147-176

SECTION 1^{re}. — *La crise générale contemporaine* : crise scientifique, morale, philosophique, sociale et économique..... 147-154

SECTION II. — <i>Les crises dans les ordres moral et écono-</i> <i>mico-social et le concept de « valeur »</i>	147-165
SECTION III. — <i>Le Droit, valeur morale et économi-</i> <i>co-sociale</i>	165-168
SECTION IV. — <i>L'évolution du Droit et le déplacement de</i> <i>valeurs</i>	168-176

CHAPITRE II

APPLICATION DE LA THÉORIE DES VALEURS AU DROIT CIVIL POSITIF

176-263

SECTION I. — <i>Droit romain</i> : Evolution du droit considé- rée au point de vue du déplacement de valeurs des ordres moral et économi-co-social dans l'ordre juri- dique.....	176-185
SECTION II. — <i>Le droit coutumier et la codifica-</i> <i>tion</i>	185-195
SECTION III. — <i>Evolution morale, économique et sociale.</i> — <i>Evolution et crise juridique</i>	195-203
SECTION IV. — <i>Le Code et les institutions nouvelles</i> (lutte entre l'esprit du Code et l'esprit des institutions nou- velles ; exemple).....	203-212
SECTION V. — <i>L'équilibre entre les intérêts dans le droit</i> <i>positif écrit</i> (à titre d'exemple : analyse des art. 847- 848 C. civ. — 2229 et 2233 C. civ.) ; — équilibre entre hypothèse et dispositif	212-222
SECTION VI. — <i>Structure et rôle de la construction juri-</i> <i>dique</i> . — La construction juridique, moyen d'adapta- tion du droit ; valeur relative des constructions (p. 222-230) ; la catégorie réelle dans la construction juridique : exemples (prescription acquisitive avec titre non transcrit) (p. 230-237).....	222-237
SECTION VII. — <i>Le but dans le droit</i> . — <i>Le déplacement</i> <i>de valeurs</i> . — <i>La catégorie réelle</i> . — L'idée de but se confond avec l'idée de cause efficiente (p. 237) : ineffi- cacité de l'idée de but comme procédé technique de réalisation du droit ; — efficacité de la catégorie réelle	

(exemples : article 900, Code civil, l'article 896 et les substitutions prohibées) (p. 237-246).....	237-246
SECTION VIII. — <i>Mise en œuvre de la théorie du déplacement des valeurs</i>	246-262
§ 1. — La famille (p. 247-249) ;	
§ 2. — Les obligations (249-257) : promesse unilatérale ; les articles 1119 et 1121, Code civil ; la cession des dettes ; le contrat de travail ; l'inaliénabilité de la dot mobilière : modification du sujet de droit dans l'obligation.	
§ 3. — La propriété et les droits réels (p. 257-261) : modification de la conception du droit de propriété et du droit réel. — Causes : déplacement de valeurs.	

CHAPITRE III

L'APPLICATION DE LA THÉORIE DES VALEURS ET DE LA TECHNIQUE DES CONSTRUCTIONS JURIDIQUES A DES CRÉATIONS NOUVELLES DANS LE DROIT CIVIL CONTEMPORAIN

263-318

SECTION I. — *L'apparence dans le droit contemporain.*

— *L'héritier apparent* : — l'apparence du droit et l'intérêt des tiers : la valeur nouvelle d'intérêt social (p. 269-272) ; l'héritier apparent : la doctrine, la jurisprudence, et la théorie des valeurs (p. 272-282)..... 269-282

SECTION II. — *Responsabilité du fait des choses* : les valeurs nouvelles dans l'ordre économique-social et l'équilibre entre les intérêts (282-284) ; tendance unitaire de la doctrine appuyée sur des textes du Code (p. 284-290) ; mise en œuvre de la théorie du déplacement de valeurs (p. 290-299)..... 282-299

SECTION III. — *L'abus du droit* : manifestation individualiste dans la dynamique du droit, et influence de la valeur collective des droits individuels sur la coexistence des droits (p. 299-306) ; l'idée de but pour la fixation de l'exercice abusif des droits : son insuffi-

sance (p. 306-308) ; l'incidence de l'abus de droit au point de vue technique, — la théorie du déplacement des valeurs, et l'équilibre entre les intérêts (p. 308-315) ; — la portée générale de la théorie de l'abus du droit (p. 315-318).. 299-318

CHAPITRE IV

LE DÉPLACEMENT DE VALEURS ET LE DROIT NOUVEAU. CONCEPTION NOUVELLE DE LA LOI ET DE L'INTERPRÉTATION.

319-360

Résumé de notre opinion sur la technique de l'évolution du droit (p. 319-348) ; la mobilité du droit contemporain : tendance (p. 328-332) ; fondement ancien, et fondement actuel de l'obligativité de la loi (p. 332-343) ; l'interprétation et les procédés techniques d'adaptation du droit (343-348) ; le pouvoir du juge ; exemple : l'évolution du rôle de la Cour de Cassation (p. 348-355), — l'idée synthétique qui se dégage de l'interprétation et le droit privé de l'avenir (p. 355-360).

